This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

H
9076
26.5

Digitized by Google

Fr 9076.21.5

HARVARD
COLLEGE
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

MÉMOIRE A CONSULTER

ET

CONSULTATION

POUR

LES HÉRITIERS PESCATORE

Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages, ou il faut proscrire la clandestinité.

PORTALIS (*Rapport sur le titre du mariage*).

PARIS

TYPOGRAPHIE DE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

—

1856

Digitized by Google

MÉMOIRE A CONSULTER

ou

CONSULTATION

POUR

LES HÉRITIERS PESCATORE.

PARIS

TYPOGRAPHIE DE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris

1850

Digitized by Google

MÉMOIRE A CONSULTER

ET

CONSULTATION

POUR

LES HÉRITIERS PESCATORE

Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages, ou il faut proscrire la clandestinité.

PORTALIS (*Rapport sur le titre du mariage*).

PARIS.

TYPOGRAPHIE DE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.

Boulevard extérieur de Paris.

1856

Digitized by Google

Fr 9076.26.5

Digitized by Google

MÉMOIRE A CONSULTER

ET

CONSULTATION

POUR :

1° M. Guillaume-Bonaventure PESCATORE, propriétaire, demeurant à Luxembourg;

2° Mme Elisabeth PESCATORE, épouse de M. Joseph-Auguste DUTREUX, receveur général du grand-duché de Luxembourg;

3° Mme Marie-Marguerite-Suzanne PESCATORE, épouse de M. Paul-Frédéric-Auguste-François de SCHERFF, administrateur général des travaux publics du grand-duché de Luxembourg;

4° M. Constantin-Joseph-Antoine PESCATORE, propriétaire, ancien négociant à Luxembourg, tuteur de Marie-Madeleine, dite Emilie PESCATORE;

5° Mme Marguerite-Séraphine BEVING, veuve de M. Pierre-Antoine PESCATORE, tutrice de Marie-Antoine-Dominique PESCATORE, à Luxembourg;

6° Mme Marguerite-Angélique PESCATORE, épouse de M. François-Charles MUNCHEN, avocat-avoué à Luxembourg;

7° Mme Marie-Barbe-Julie PESCATORE, épouse de M. Sigisbert-Léon LAMORT, fabricant de papiers à Sumingen, près Luxembourg;

Digitized by Google

8° Mme Wilhelmine PESCATORE, épouse de M. Alphonse NOTHOMB, ministre de la justice de Belgique;

9° Mme Marie-Joséphine PESCATORE, épouse de M. Jean-Antoine-Marc-Alexis POULMAIRE, à Steinsel, canton de Luxembourg,

Héritiers et légataires universels de M. Jean-Pierre PESCATORE, leur oncle et grand-oncle,

CONTRE :

Mme Anne-Catherine WEBER.

Digitized by Google

FAITS.

Le 8 novembre 1851, une chaise de poste amène trois voyageurs à Renteria, village d'Espagne de la province de Guipuzcoa et du diocèse de Pampelune, sur la frontière française. Ces trois voyageurs, étrangers et inconnus dans le pays, se rendent chez le curé de la paroisse et font bientôt demander le maître de poste. Il arrive; on lui apprend qu'il est témoin d'un mariage, témoin de parties qu'il n'a jamais connues. Il assiste à un semblant d'union, contractée non pas en public, non pas dans l'église, mais secrètement et dans la maison du curé. Une heure et demie après leur visite à Renteria, ces étrangers repartent pour la France, emportant avec eux un certificat de mariage. Ce sont le sieur Pescatore et la dame Weber; le troisième personnage est un Irlandais, banquier à Madrid, qui a servi de témoin avec le maître de poste.

Ceci se passe non pas au théâtre, où tous les jours on fait des mariages de cette sorte, mais dans la vie réelle; non pas au dix-septième siècle, mais de notre temps, et les acteurs principaux de ce mariage à l'espagnole sont des personnes qui connaissent si bien le Code civil que pour l'éluder elles traversent la frontière.

Il n'est pas possible d'admettre que les intéressés aient cru qu'un

Digitized by Google

mariage fait au mépris des lois françaises puisse avoir quelque validité; il paraît même résulter des faits de la cause que M. Pescatore ne s'est rendu en Espagne que pour calmer des scrupules de conscience. Un personnage considérable, confident de sa répugnance pour un lien civil, lui aurait proposé de se marier simplement devant l'Église et aurait facilité cette union.

Comment M. le cardinal-archevêque de Bordeaux a-t-il pu penser que, malgré le Concordat, il était permis à un prélat français de marier deux fidèles (qui n'étaient même pas de son diocèse), sans s'inquiéter en rien du contrat civil et des prescriptions du Code Napoléon [1] ?

Nous n'avons pas à intervenir dans les questions de conscience qui paraissent avoir été le seul objet des préoccupations de Mgr l'archevêque de Bordeaux. Mais, dans l'ordre civil, et suivant nos lois, une union ainsi contractée, hors du vrai domicile, sans publication de bans, sans acte civil, est un mariage clandestin et nul.

C'est ce qu'on essayera de démontrer dans cette consultation. Quant aux faits qui ont précédé ce semblant d'union, aux rapports de M. Pescatore et de Mme Weber, ils ont été si clairement et si complétement exposés dans le mémoire de Me Freslon, qu'il n'y a plus à y revenir. D'ailleurs, la question de la validité ou de la nullité du mariage, la question de droit, domine ici toutes les autres.

DÉFINITION DU MARIAGE CLANDESTIN.

Avant de commencer, il n'est peut-être pas inutile de définir le

[1] On pourrait soutenir que Mgr l'archevêque de Bordeaux, lui aussi, ne songeait qu'à un mariage de conscience, et citer en preuve sa lettre au curé de Renteria : « J'assume devant Dieu toute la responsabilité de l'acte que vous allez faire en leur donnant la *bénédiction nuptiale* ; » car il est difficile qu'un prélat français ne connaisse pas la distinction du contrat et de la bénédiction. Mais si tel est le mandat donné par Mgr l'archevêque, que devient le procès? Et comment réclamer les effets civils du mariage?

Une lettre du même archevêque à M. l'évêque de Pampelune, du 28 octobre 1851, était plus explicite encore ; elle portait textuellement : « Permettez-moi de vous adresser M. Pescatore, qui voudrait ne s'unir que religieusement avec une personne..., etc. »

Digitized by Google

mariage clandestin, que dans le langage ordinaire on confond quelquefois avec le mariage secret.

Le mariage secret, qui dans l'ancien droit était privé d'effets civils, est un mariage légalement contracté, mais que les parties cachent au public. Aujourd'hui ce mariage est valide, et produit tous les effets civils.

Le mariage clandestin, qui peut très-bien être suivi d'une possession d'état publique, est le mariage qui a été contracté sans la publicité voulue par la loi. Dans notre ancienne législation, c'était celui qui avait été contracté sans publications de bans, hors de la présence du curé du domicile, ou sans qu'il y eût le nombre de témoins requis; aujourd'hui, c'est celui qui est contracté sans publications, devant une autre personne que l'officier de l'état civil compétent, ou sans qu'il y ait le nombre de témoins requis, ou enfin (comme nous le démontrerons), c'est le mariage contracté à l'étranger, quand on n'y a pas de domicile, et qu'on n'a pas fait en France les publications voulues par l'art. 63 du Code Napoléon.

Depuis le Concile de Trente, un pareil mariage est nul suivant le droit canonique; depuis l'ordonnance de Blois de 1579, il est nul suivant les lois françaises.

DIVISION DE LA CONSULTATION.

Comme la législation des mariages clandestins nous est peu familière aujourd'hui, on a cru qu'il serait à propos de diviser cette consultation en deux parties.

I. La première contiendra l'histoire de la législation des mariages clandestins en France et en Espagne.

II. La seconde partie examinera les questions que soulève le ma-

Digitized by Google

riage Pescatore, et fera l'application des principes aux faits constatés.

En lisant la première partie, on en comprendra l'importance. Il a fallu l'effort de deux siècles pour que la société civile limitât les prétentions ecclésiastiques, qui reparaissent si inopinément; il faut donc connaître ce qu'ont fait nos pères pour comprendre quelles furent la grandeur du mal et la sagesse du remède. Après cela, ce sera notre faute si nous retombons dans les dangers dont ils nous ont si courageusement préservés.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

HISTOIRE DE LA LÉGISLATION DES MARIAGES CLANDESTINS EN FRANCE ET EN ESPAGNE.

INTRODUCTION.

Le Code et le Concordat ont pris des mesures si sages et si efficaces, afin de prévenir les mariages clandestins, que depuis cinquante ans il est rare que nos tribunaux aient à juger de pareilles questions. C'est un grand avantage pour la société; mais il a cet inconvénient, que peu à peu on a oublié tout ce que nos aïeux ont souffert de la mauvaise législation du mariage tant que l'Eglise en a été la maîtresse, tout ce que nos rois, nos parlements, nos théologiens et nos jurisconsultes ont dépensé de volonté, de courage, de science et de talent pour introduire enfin l'ordre excellent dont nous jouissons. Le Code résume les meilleures ordonnances de Louis XIV, les principes les plus certains de notre ancienne jurisprudence; le Concordat et les articles organiques ne sont pas une expression moins fidèle de la tradition, mais il semble qu'aujourd'hui on ne comprenne plus l'esprit et le sens de ces sages dispositions. J'imagine qu'il y a trente ans on n'eût pas songé à défendre la validité du mariage Pescatore; pour qu'un pareil procès ait paru possible, il faut l'oubli complet des lois et des usages de deux siècles; il faut le retour d'idées et de prétentions qu'on devait croire à jamais disparues.

Il est donc nécessaire de faire l'histoire de nos anciens usages, d'en

Digitized by Google

donner l'esprit, et de montrer comment le Code, loin de rompre avec les lois de Louis XIV et la jurisprudence des parlements, n'a fait que leur donner une forme plus vive et plus nette. Et comme les usages d'Espagne n'ont pas été fort éloignés des usages de France, il sera aisé, chemin faisant, de montrer que les lois espagnoles sont moins favorables aux mariages clandestins qu'on ne le suppose communément.

§ 1. *Inconvénients des mariages clandestins.*

Il est inutile d'insister sur les inconvénients des mariages clandestins. Le *mariage*, comme le dit Domat, *est le fondement de la société civile* [1]. L'ordre des familles, la légitimité des enfants, la certitude de tous les droits qui sortent ou dépendent de l'union des époux, tiennent à la publicité du mariage; une foule de contrats, les successions, les testaments, seraient la plupart du temps ébranlés, s'il y avait doute possible sur la condition des époux et des enfants. L'Etat repose sur la famille, et tout ce qui rend la famille incertaine jette le trouble dans les relations des citoyens.

Il y a donc dans le mariage un intérêt public, qui fait de cet engagement un contrat où l'Etat est partie. Le consentement des époux ne suffit pas, il faut que ce consentement soit légitime, c'est-à-dire donné suivant les formes que la puissance publique a établies. Autrement, si un mariage clandestin, c'est-à-dire fait sans publicité, était valable, comme la preuve dépendrait de la bonne foi des parties, il leur serait facile d'annuler leur union, et non-seulement de contracter un autre mariage et de multiplier ainsi les adultères, mais encore de détruire la légitimité de leurs enfants, et de compromettre les droits des tiers. Ces dangers sont si évidents, qu'il n'est pas de société bien organisée qui n'ait prescrit quelque solennité pour la célébration des mariages.

[1] Domat, *Traité des lois*, ch. III, § 2.

Digitized by Google

§ 2. *Législation du mariage en Occident, depuis les premiers siècles de l'Eglise jusqu'au Concile de Trente.*

§ a. *Législation des Romains.*

Quand le christianisme parut dans le monde, il trouva une législation du mariage qui ne laissait rien à désirer pour ce qui touche la publicité; aussi voit-on que les premiers chrétiens ne firent nulle difficulté de se marier suivant les lois de l'empire, en joignant au contrat civil la bénédiction de l'Eglise.

Après Constantin, et quand la religion chrétienne fut seule reconnue, l'Eglise ne demanda pas que la puissance civile lui cédât la législation du mariage; elle tâcha seulement d'obtenir des empereurs les lois qui lui semblaient réclamées par les idées nouvelles.

« C'est par la loi civile, nous dit Pothier [1], que chez les Romains le mariage des « enfants de famille était nul, lorsqu'il était contracté sans le consentement de celui « sous la puissance duquel ils étaient. C'est l'empereur Théodose qui a défendu, à peine « de nullité, le mariage entre cousins germains, qui était permis avant cette loi. C'est « Justinien qui a fait de l'alliance spirituelle un empêchement dirimant du mariage. « Celui de la disparité du culte a été établi par les empereurs Valentinien, Valens, Théo- « dose et Arcade, qui ont prohibé les mariages des chrétiens avec les juifs.

« L'Eglise n'a jamais regardé ces lois des empereurs sur les mariages comme « des entreprises de la puissance séculière sur la puissance ecclésiastique; bien loin de « cela, nous avons plusieurs canons des Conciles qui en recommandent l'observation, « et qui prononcent des censures contre ceux qui ne les observent pas. »

Il n'est pas nécessaire d'accumuler les citations sur un point aussi certain [2]; notons seulement ce qui nous intéresse : c'est que, pendant plus de six siècles, on distingua dans le mariage le contrat civil

[1] *Traité du mariage*, partie I, ch. III, n° 13. Je citerai souvent Pothier, parce que c'est un auteur chrétien et modéré; que personne n'a plus que lui la tradition française, et que les rédacteurs du Code l'ont suivi de si près, qu'il est le meilleur interprète de notre législation civile.

[2] P. de Marca. *De Concordia sacerdotii et imperii*, lib. II, cap. XI, § 3. « Plurima princeps ille (Justinianus) constituit, quæ dirimunt christianorum matrimonia, sed pars illa juris tunc erat penes principes, sine ulla controversia, ut docet Bellarminus. »

Digitized by Google

et la bénédiction ou le sacrement, sans que l'Eglise songeât à se plaindre de cette distinction, et sans que la société en souffrît.

§ *b. Législation du moyen âge.*

Il en fut autrement dans cette éclipse de la puissance civile qui suivit l'invasion des Barbares. L'Eglise, qui avait le dépôt des lumières, reçut du respect des conquérants une part considérable dans les conseils de la nation. Du sixième au onzième siècle, l'Eglise et l'Etat furent si étroitement mêlés, qu'il est souvent difficile de dire si une loi de cette époque est civile ou religieuse. Nos aïeux les Francs se distinguèrent entre tous par leur dévouement et leur docilité; les Capitulaires sont remplis de dispositions sur les mariages, dispositions moitié canoniques et moitié romaines [1]. Mais il est remarquable qu'on attache toujours un grand prix à la publicité ; c'est dans les lois des Francs qu'on trouve l'institution des bans, qui doivent précéder le mariage [2]; institution que le quatrième Concile de Latran, tenu en 1215, emprunta à nos ancêtres, et rendit commune à toute la chrétienté.

Vers le onzième ou le douzième siècle, l'Eglise est devenue seule maîtresse du mariage et de ses lois. La dignité du sacrement a fait ou-

1 *Capit. Reg. Franc.*, lib. I., cap. CXVIII et suiv. (Baluze, t. I, p. 723); lib. VI, CXXIII, CCCVIII et suiv. (Bal., t. I, p.1003.)

2 *Capit. Reg. Franc.*, lib. VII, cap. CLXXIX. Sancitum est ut publicæ nuptiæ ab his qui nubere cupiunt, fiant ; quia sæpe in nuptiis clam factis gravia peccata, tam in sponsis aliorum quam et in propinquis sive adulterinis conjugiis, et, quod pejus est dicere, consanguineis adcrescunt vel adcumulantur. Ex his autem procreari solent cæci, claudi, gibbi et lippi, sive alii turpibus maculis aspersi. Et hoc ne deinceps fiat omnibus cavendum est. Sed prius conveniendus est sacerdos, in cujus parochia nuptiæ fieri debent, in ecclesia, coram populo. Et ibi inquirere una cum populo ipse sacerdos debet, si ejus propinqua sit, an non, aut alterius uxor, vel sponsa, vel adultera. Et si licita omnia pariter invenerit, tunc per consilium et benedictionem sacerdotis, et consultu aliorum bonorum hominum, eam sponsare et legitime dotare debet. Scribit namque de legitimo matrimonio beatus Augustinus ita : « Talis esse debet quæ uxor habenda est, ut secundum legem sit casta in virginitate et dotata legitime, et a parentibus tradita sponso, et a paranymphis (*ce sont les témoins*) accipienda. Et ita secundum legem et Evangelium publicis nuptiis honestata, in conjugio licite sumenda, et... nunquam separanda. » (Baluze, t. I, p. 1063 ; Pothier, *Traité du mariage*, partie IV, ch. I, § 2, n° 346.)

Digitized by Google

blier l'idée du contrat civil. De gré ou de force, les princes respectent la souveraineté de l'Eglise, en ce qui touche le mariage et les droits qui en découlent; et par là, c'est la législation civile presque entière qui passe entre les mains du clergé.

« La qualité des causes, dit l'abbé Fleury, fournit divers prétextes [aux entreprises « des ecclésiastiques], comme le serment apposé à la plupart des contrats et la connexité « avec les matières spirituelles. *Ainsi à l'occasion du sacrement de mariage ils prenaient « connaissance de la dot, du douaire et des autres conventions matrimoniales, de l'adultère, « de l'état des enfants, pour juger lesquels étaient légitimes.* Et comme on supposait qu'il « ne devait point y avoir de testament sans legs pieux, plusieurs Conciles ordonnèrent « que les testaments se feraient en présence du curé, et que l'évêque se ferait rendre « compte de l'exécution. Or la connaissance des testaments attirait les scellés et les in- « ventaires [1]. »

C'est ainsi que du respect légitime des fidèles était sortie la puissance de l'Eglise, et cette puissance exagérée avait mis l'Etat en interdit et confisqué la société.

§ c. *Législation française du treizième au seizième siècle.*

Comment l'Eglise usa-t-elle de son autorité pour régler les solennités du mariage? Ce fut, il faut bien le dire, de la façon la plus fâcheuse, et c'est de cette époque que date le mal des unions clandestines. Tout en considérant la publicité comme chose bonne et désirable, les canonistes, égarés par quelques textes des anciens Pères assez mal entendus, décidèrent que le mariage était parfait par le seul consentement des parties. C'est sur ce principe que les papes Alexandre III, Innocent III, Honoré III et Grégoire IX ne déclarèrent pas ces mariages nuls, quoiqu'ils les considérassent comme illicites et punissables [2]; et que le Concile de Trente, tout en condamnant à l'avenir de pareilles unions, les ratifia dans le passé, par respect pour la législation canonique [3]. Ainsi,

[1] *Septième discours sur l'histoire ecclésiastique*, ch. VIII.

[2] Pothier, *Traité du mariage*, partie IV, ch. I, § 3, n° 347.

[3] *Décret de réformation touchant le mariage*, ch. I. « Quoiqu'il ne faille pas douter que « les mariages clandestins contractés du consentement libre et volontaire des parties ne soient

Digitized by Google

jusqu'au Concile de Trente, on blâmait l'acte, mais on ne l'annulait pas.

Cette tolérance de l'Eglise troubla toute la législation française. Le clergé français montra sans doute un zèle louable pour empêcher les mariages clandestins : Eudes de Sully, évêque de Paris, mort en 1208, défend ces unions sous des peines sévères ; le savant Etienne Porcher, aussi évêque de Paris, au commencement du seizième siècle, n'est pas moins rigoureux que son prédécesseur ; plusieurs conciles provinciaux du treizième, du quatorzième, du quinzième siècle blâment ceux qui n'observent pas les prescriptions de l'Eglise [1] ; un Concile de Narbonne de l'an 1374 frappe d'excommunication ceux qui sortent de leur paroisse pour se marier clandestinement [2] ; mais toutes ces menaces et toutes ces punitions restèrent impuissantes, parce qu'elles s'adressaient à la passion qui veut se satisfaire à tout prix, et qu'après tout, le mariage contracté au mépris des lois n'en était pas moins reconnu par l'Église.

Au seizième siècle, il y a comme une renaissance de la puissance civile, et nos rois réclament dans la législation du mariage la part qui, dans ce contrat, appartient légitimement à la société. L'édit de Henri II de 1556, touchant les mariages clandestins des fils de famille, est un premier pas dans cette voie. Le roi n'ose pas déclarer nulles des unions que l'Eglise prend sous sa garde ; mais il autorise les pères

« valides et de véritables mariages tant que l'Eglise ne les a pas rendus nuls, et qu'il faille « par conséquent condamner, comme le saint concile les condamne d'anathème, ceux qui nient « que tels mariages soient vrais et valides, et qui soutiennent faussement que les mariages « contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que « les pères et les mères les peuvent rendre bons ou les rendre nuls, la sainte Eglise, néanmoins, « les a toujours eus en horreur et toujours défendus pour de très-justes raisons. » Concile de Trente, XXIVe session. (Traduction de l'abbé Chanut. Paris, 1703, p. 306.)

[1] (Le Ridant.) *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, 1753, page 121,

[2] Cap. XXII. « Statuimus quod quæcumque persona, quæ pro matrimonio clandestino solemnizando parochiam suam exiens, ipsum matrimonium solemnizaverit sine licentia judicis vel proprii sacerdotis, et qui in præmissis præsentiam suam associando exhibuerit, ipso facto excommunicationis sententiam incurrat, et tamdiu ut excommunicatus evitetur et etiam publicetur, donec ad arbitrium judicis ecclesiastici præsbytero ecclesiæ parochialis satisfecerit, in cujus injuriam hoc attentare præsumpserit, et absolutionem meruerit obtinere. » (*Concil. Galliæ Narbon.*, ed. Baluze. Paris, 1668, p. 334.)

Digitized by Google

et mères à exhéréder les enfants désobéissants, et annule tous les avantages que la loi ou le contrat accorde aux époux, *ne pouvant implorer le bénéfice des loix et coustumes ceux qui ont commis contre la loi de Dieu et des hommes* [1].

Comment cet édit fut-il accueilli? Un contemporain nous l'apprend. C'est Pasquier, excellent jurisconsulte et grand ami des libertés gallicanes, qui nous représente bien l'opinion des gens éclairés de son temps. Voici ce qu'il écrit à deux de ses amis, MM. Robert et Fournier, docteurs ès droit à Orléans [2]:

« Quant à cet édit, chacun s'en éjouit comme beau et digne d'un roi. Mais seul, « comme un autre Timon et misanthrope, je pleure, gémis et lamente, non que je ne « sois bien aise de l'autorité que l'on donne aux pères dessus leurs enfans, mais parce « que je suis marri que l'on ne leur en octroie davantage, et que tout ainsi qu'Alexan- « dre le Grand ne s'amusa de denouer les entrelas du nœud gordien, comme les autres « princes qui avoient passé devant lui, ains pour en venir plutôt à chef le coupa tout « à fait, aussi [j'aurois voulu] que l'on eust franchi le pas, et que par une ordonnance « faite du commun consentement de l'Église gallicane, on eust déclaré tous mariages « des enfants nuls, esquels il n'y auroit que les simples paroles de présent sans l'auto- « rité et consentement des pères et mères. En cet endroit, j'ai pitié de notre France, « qui ne fut jamais lasse de réduire toutes les choses ecclésiastiques en une bonne et « louable discipline, et qu'en ce fait-ci elle n'ait osé y mettre la dernière main. »

Pasquier est ici l'écho du sentiment public; on était indigné de l'abus des mariages clandestins; aussi ce fut une des principales réformes que la France soutint au Concile de Trente, et cette réforme, elle l'emporta, moins complète, il est vrai, que Pasquier ne le demandait dans sa sagesse.

§ *d. Législation espagnole du treizième au seizième siècle.*

En Espagne comme en France, on souffrait des mariages clandestins, mais il y a cette différence qu'en Espagne les princes agirent avec plus de résolution pour couper court au mal. Dans son célèbre recueil des

[1] Edit du mois de février 1556, art. 4. (Recueil d'édits et d'ordonnances de Néron et Girard. Paris, 1720; in-f°, t. I. p. 551 et suiv.)

[2] *Lettres de Pasquier*, liv. III, lettre 1. Edition in-f°. Amsterdam, 1723, t. II, p. 89.

Digitized by Google

Siete Partidas, ou Sept Parties, recueil achevé en 1258, Alphonse le Sage, le Justinien de l'Espagne, définit le mariage clandestin et établit des peines civiles pour ceux qui violent les prescriptions de l'Eglise.

Partida, IV, tit. III, liv. I.

« On appelle les mariages clandestins... quand on ne les fait pas connaître publique-
« ment dans l'Eglise dont on est paroissien. Car, pour que le mariage ne soit pas fait
« secrètement, il faut qu'avant de fiancer les futurs époux le prêtre dise dans l'Eglise,
« devant tous ceux qui s'y trouvent, comment telle personne veut se marier avec telle
« femme, les nommant par leur nom, et qu'il avertisse tous ceux qui sont là, que s'ils
« connaissent quelque empêchement qui s'oppose au mariage, ils aient à le déclarer
« jusqu'au jour qu'il indiquera expressément.

« Et la raison pour laquelle la sainte Eglise a défendu que les mariages se fissent
« secrètement, c'est parce que s'il s'élevait entre le mari et la femme un désaccord tel,
« que l'un ne voulût plus vivre avec l'autre, encore bien que le mariage fût véritable,
« l'Eglise ne pourrait empêcher celui qui voudrait se séparer. Et cela, parce que le
« mariage ne se pourrait prouver, car l'Eglise ne peut juger les choses secrètes, mais
« seulement ce qu'allèguent les parties et ce qui est prouvé [1]. »

La loi quatrième, au même titre, veut que le prêtre qui a célébré le mariage clandestin soit interdit pour trois ans par son supérieur, et que les époux qui se sont mariés clandestinement contre les défenses de la sainte Eglise, quoiqu'il n'y eût point d'empêchement, soient soumis à la pénitence que leur curé jugera convenable [2]. Comme on le voit, la loi civile ne fait que fortifier la loi ecclésiastique; ce n'est pas encore de l'opposition.

Le *Fuero Real*, ou *Livre des Conseils de Castille*, publié par le même roi, et qui eut force de loi dès l'année 1260, est plus sévère que les *Par-*

[1] Ascondidos son llamados los casamientos... quando non lo facen saber concejeramiente en aquella eglesia onde son perroquianos, ca para non seer el casamiento fecho encobiertamiente, ha meester que, ante que los desposen, diga el clerigo en la eglesia ante todos los que hi estodieren como tal home quiere casar con tal muger, etc.

[2] *Ley* IV, tit. III, partida IV. Si [algunt clerigo] los casase encobiertamiente... debe seer vedado del perlado... por tres anos que non use del oficio de la orden que hobiere... et aquellos que se casasen encobiertamiente contra defendimiento de santa Eglesia, maguer non hobiesen embargo ninguno que gelo vedase, debenles poner penitencia segunt toviere por bien su perlado. (Édition de Madrid, 1807, t. III, p. 23 et 25.)

Digitized by Google

tidas ; il punit le mariage clandestin d'une peine qui peut emporter la confiscation du corps et des biens.

Fuero Real, liv. III, tit. I. *Des Mariages*, liv. I.

« Nous établissons et nous ordonnons que tous les mariages se fassent par les paroles qu'a établies la sainte Eglise, et que tout mariage se fasse publiquement et non à la dérobée, de façon qu'au besoin on puisse en faire la preuve par beaucoup de témoins. Celui qui se mariera à la dérobée, payera cent maravédis [1] au roi; et s'il ne les a pas, tout ce qu'il aura sera au roi, et pour ce qui manquera, son corps sera à la merci du roi [2]. »

Cette loi a ceci de remarquable que, tout en laissant à l'Eglise sa juridiction, le roi fait intervenir la puissance civile, et montre ainsi que l'Etat a aussi un intérêt à défendre et une surveillance à exercer en tout ce qui regarde le mariage.

La sévérité du *Fuero* ne fut pas suffisante pour remédier au mal; il fallait des moyens plus énergiques qu'une amende pour empêcher les mariages clandestins. C'est ce qu'essayèrent les célèbres lois de Toro, publiées aux Cortès de 1505, sous le règne de Ferdinand le Catholique, « lois qui furent si respectées dès le premier jour, disent les docteurs « Asso et Manuel [3], qu'on leur donna le premier rang sur toutes les « lois du royaume, et qu'elles ont été incorporées dans la *Nueva Reco-* « *pilacion.* »

La quarante-neuvième loi de Toro est ainsi conçue : « Nous ordon- « nons que celui qui contracte un mariage que l'Église déclare clan- « destin encoure *ipso facto* la perte de tous ses biens, lui, et ceux qui « sont intervenus au mariage, ainsi que les témoins ; nous voulons que « ces biens soient appliqués à notre fisc, et que tous les coupables

[1] Le maravédis était une monnaie d'or ou d'argent, et cent maravédis représentaient alors une somme considérable.

[2] Establecemos et mandamos que todos los casamientos se fagan por aquellas palabras que manda la santa Yglesia... et todo casamiento se faga concejeramente, et no a furto, de guisa que si fuere menester, que se pueda provar por muchos ; et quien a furto fiziere casamiento peche cient maravedis al rey ; et si los non oviere todo lo que oviere sea del rey; et por lo que fincare sea el cuerpo a merced del rey.

[3] *Instituciones del derecho civil de Castilla*, éd. de Madrid, 1806, p. cv.

Digitized by Google

« soient chassés de nos royaumes, et qu'ils n'y puissent rentrer sous « peine de mort [1]. »

Cette loi cruelle fut renouvelée par le roi catholique Philippe II, dans les Cortès de Madrid de 1563, et elle figure aujourd'hui dans la *Novissima Recopilacion* [2] comme loi en vigueur, bien que depuis le Concile de Trente il n'y ait plus lieu à son application, suivant la remarque d'un commentateur espagnol [3]. On a voulu sans doute la conserver comme une menace.

Cette dureté de la loi s'explique du reste par la position difficile où l'Etat se trouvait en face de l'Eglise, maîtresse du mariage et résistant aux changements qu'on lui demandait. Ne pouvant annuler l'union clandestine, Ferdinand et Philippe II anéantissaient les violateurs de la loi, en les faisant mourir civilement. C'est dans cette situation critique que s'ouvrit le Concile de Trente, et il est aisé maintenant de comprendre comment les Espagnols ne se montrèrent pas moins empressés que les Français pour demander qu'on déclarât nuls les mariages clandestins [4].

§ 3. *Concile de Trente.*

Ce ne fut pas sans difficulté que le Concile de Trente se décida à réformer sur ce point la législation canonique. Le père Lainez, général

[1] Mandamos que el que contraxere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, que por el mismo fecho el y los que en ello intervinieron, y los que del tal matrimonio fueron testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes y sean aplicados a nuestra Camara, y sean desterrados de estos nuestros Reynos, en los quales no entren so pena de muerte.

[2] *Novissima Recapitulacion*, lib. X, tit. II, ley. v (édition de 1805).

[3] De Llano, *Compendio de los comentarios a las 83 leyes de Toro*. Madrid, 1795. « Bien es verdad que hoy conforme al santo Concilio de Trento, parece impraticabile su pena, por ser nulo el matrimonio contraido sin la asistencia del Paroco y dos testigos. »

[4] « Les Français et les Espagnols étaient tous dans le sentiment que les mariages clandestins fussent annulés. » Fra Paolo, cité dans les *Notes sur le concile de Trente* (par Rassicod). Cologne, 1706, p. 293.

Digitized by Google

des Jésuites, avait fait distribuer un écrit qui condamnait la cassation des mariages clandestins, et Lainez était soutenu par plusieurs membres du Concile, qui sentaient qu'à distinguer le contrat et le sacrement (cette distinction était nécessaire pour anéantir le mariage, car on peut annuler un contrat, mais non un sacrement), on allait donner le pouvoir de casser les mariages clandestins à la puissance séculière plutôt qu'à l'Église [1]. Mais l'insistance des prélats français et espagnols, et l'intervention du roi de France, qui fit demander par ses ambassadeurs la nullité du mariage contracté sans la présence du propre curé et de trois autres témoins [2], entraînèrent enfin l'assemblée, qui, à la majorité de 144 voix contre 56, rendit le décret suivant [3]:

« La sainte Eglise a toujours eu en horreur [les mariages clandestins] et les a toujours défendus pour de très-justes raisons. Mais le saint Concile s'apercevant que toutes ces défenses ne servent plus de rien, maintenant que le monde est devenu si rebelle et si désobéissant, et considérant la suite des péchés énormes qui naissent de ces mariages clandestins, et particulièrement l'état misérable de damnation où vivent ceux qui, ayant quitté la première femme qu'ils avoient épousée clandestinement, en épousent publiquement une autre, et passent leur vie avec elle dans un adultère continuel : auquel mal l'Eglise, qui ne juge point des choses secrètes et cachées, ne peut apporter de remède, si elle n'a recours à quelque moyen plus efficace ;

« Pour ce sujet, suivant les termes du Concile de Latran, tenu sous Innocent III, ordonne ledit Concile qu'*à l'avenir, avant que l'on contracte mariage, le propre curé des parties contractantes* annoncera trois fois publiquement dans l'église pendant la messe solennelle, par trois jours de fête consécutifs, les noms de ceux qui doivent contracter ensemble ; et qu'après les publications ainsi faites, s'il n'y a point d'opposition légitime, on procédera à la célébration du mariage en face d'Eglise...

« Mais s'il arrivoit qu'il y eut apparence, et quelque présomption probable, que le mariage *pût être malicieusement empêché* s'il se faisoit tant de publications auparavant, alors ou il ne s'en fera qu'une seulement, ou même le mariage se fera sans aucune, en présence au moins du curé et de deux ou trois témoins ; et puis ensuite auparavant qu'il soit consommé, les publications se feront dans l'église, afin que s'il y a quelques empêchements cachés, ils se découvrent plus aisément, si ce n'est que l'ordinaire juge lui-même plus à propos que lesdites publications soient obmises, ce que le saint Concile laisse à son jugement et à sa prudence.

« Quant à ceux qui entreprendroient de contracter mariage autrement qu'en présence

[1] *Notes sur le Concile de Trente*, p. 290, 292.

[2] *Notes sur le Concile*, p. 303.

[3] *Le Saint Concile de Trente*, traduit par l'abbé Chanut, XXIV[e] session; *Décret de réformation touchant le mariage*, ch. 1[er], p. 306. Pothier, *Traité du mariage*, partie IV, ch. 1, § 4, n° 348.

Digitized by Google

du curé, ou de quelque autre prêtre avec permission dudit curé ou de l'Ordinaire, et avec deux ou trois témoins, le saint Concile les rend absolument inhabiles à contracter de la sorte, et ordonne que tels contrats soient nuls et invalides, comme par le présent décret il les casse et rend nuls.

« Veut et ordonne aussi que le curé, ou autre prêtre qui aura été présent à tels contrats avec un moindre nombre de témoins qu'il n'est prescrit, et les témoins qui auront assisté sans le curé ou quelque autre prêtre, ensemble les parties contractantes soient sévèrement punies à la discrétion de l'Ordinaire.

« Exhorte de plus le saint Concile l'époux et l'épouse de ne point demeurer ensemble dans la même maison avant la bénédiction du prêtre, *qui doit être reçue dans l'église;* ordonne *que ladite bénédiction sera donnée par le propre curé, et que nul autre que ledit curé ou l'Ordinaire ne pourra accorder à un autre prêtre la permission de la donner*, nonobstant tout privilége et toute coutume.

« Que si outre les choses qui viennent d'être prescrites, il y a encore en d'autres pays quelques autres cérémonies et louables coutumes à ce sujet qui soient en usage, le saint Concile souhaite tout à fait qu'on les garde et qu'on les observe entièrement. »

On voit que le Concile établit trois conditions pour qu'un mariage ne puisse être réputé clandestin :

1° Publication solennelle des bans, faite par le propre curé par trois jours de fête consécutifs;

2° Mariage contracté en présence du propre curé ou de son délégué;

3° Présence de deux témoins au moins.

Pour la publication des bans, le Concile admet des dispenses, et dans le cas même où cette publication n'a pas eu lieu, si, du reste, le mariage a été public, les canonistes ne croient pas que l'absence de bans soit une cause absolue de nullité; il en est autrement, comme nous le dirons plus loin, quand l'absence des bans est une circonstance aggravante de la clandestinité: en ce cas, suivant l'opinion commune, c'est une cause de nullité.

Pour les deux dernières conditions, elles sont essentielles, et partout où le Concile de Trente a été reçu, il y a nullité absolue du mariage quand il n'a pas été contracté en présence du propre curé et de deux témoins au moins [1].

[1] Permaneder, *Kirchenrecht*, § 634.

Digitized by Google

C'est ce qu'expriment deux des vers latins dans lesquels les canonistes ont réuni toutes les causes de nullité :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto,
Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

§ 4. *Législation française du mariage, depuis le Concile de Trente jusqu'au Concordat et au Code civil.*

En France, le Concile de Trente ne fut pas reçu pour ce qui regarde la discipline (et c'est dans ce chapitre qu'est mis le mariage). Malgré les efforts de Rome et du clergé, nos rois, appuyés et souvent retenus par les parlements, refusèrent de reconnaître des décrets qui empiétaient sur les droits de la puissance séculière[1], et notamment pour ce qui concerne les mariages, ce fut de leur chef et en vertu de leur propre droit qu'ils établirent les règles à suivre, tout en se conformant d'ailleurs aux principes établies par le Concile[2].

« Le décret du Concile, dit Pothier [3], ne pouvant pas remédier aux abus des mariages « clandestins en France, où ce Concile n'était pas reçu, et où ses décrets ne pouvaient « par conséquent avoir aucune autorité, le roi Henri III jugea à propos d'y remédier « lui-même, *ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet qu'en avait le concile*, « comme nous l'avons établi dans la première partie de ce traité [4]. C'est ce qu'il fit par « son ordonnance rendue aux états de Blois [au mois de mai 1579], art. 40.

« Avons ordonné que nos sujets ne pourront *valablement* contracter mariage sans « proclamations précédentes de bans faites par trois divers jours de fête, avec intervalle « compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclama- « tion faite, et ce seulement pour quelque urgente ou légitime cause, et à la réquisition « des principaux et plus proches parents communs des parties contractantes; après « lesquels bans seront épousez publiquement. »

[1] Voyez la *Dissertation sur la réception et l'autorité du Concile de Trente en France*, à la suite des *Notes sur le Concile de Trente*, p. 333 et suiv.

[2] Le Ridant, *Examen de deux questions importantes sur le mariage*, 1753, p. 344 et suiv.

[3] *Traité du mariage*, partie IV, ch. I, § v, n° 349.

[4] Partie I, ch. III, art. 1er : *De l'autorité de la puissance séculière sur le mariage*, nos 11 suivants.

Digitized by Google

« Et pour pouvoir témoigner de la forme qui aura été observée esdits mariages, y « assisteront quatre personnes dignes de foy, pour le moins, dont sera fait registre; le « tout sur les peines portées par les Conciles. »

Quelques difficultés s'étant élevées sur le juge compétent, en fait de mariage, Henri IV, par un édit du mois de décembre 1606, déclare vouloir « que les causes concernant les mariages soient et appartien- « nent à la connaissance et juridiction des juges de l'Église, à la charge « qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celles de Blois, « en l'article XL, et suivant icelles, déclare les mariages qui n'auront « été faits et célébrés en l'Église nuls et non valablement contractés, « comme peine indictée par les conciles[1]. »

La célèbre ordonnance de Louis XIII, donnée en 1629, et connue sous le nom de *Code Michaux*, du nom de Michel de Marillac, qui en fut le principal auteur, a un article exprès pour exiger la présence du propre curé à la célébration du mariage.

Article 39.

« L'ordonnance de Blois touchant les mariages clandestins sera exactement observée, « et y ajoutant : Voulons que tous les mariages contractés contre la teneur de ladite « ordonnance soient déclarés *non valablement contractés* ; faisons défense à tous curés et « autres prêtres séculiers ou réguliers, sur peine d'amende arbitraire, de célébrer aucun « mariage de personnes qui ne soient de leur paroisse, *sans la permission de leur « curé ou de leur évêque diocésain*, nonobstant tous priviléges à ce contraires, et seront « tenus les juges ecclésiastiques juger les causes desdits mariages conformément à cet « article. »

L'ordonnance de Blois avait établi la publication des bans et demandé la présence de quatre témoins; l'ordonnance de 1639 avait insisté sur la présence obligée du propre curé; un édit de Louis XIV, du mois de mars 1697, confirma ces dispositions et revint avec force sur la nécessité de la présence du propre curé, et sur la qualité du domicile exigé pour se marier valablement. Cet édit, fort bien accueilli par le

[1] Les Conciles qui avaient reproduit le décret du Concile de Trente et l'avaient inséré dans leurs rituels étaient, à ce que nous apprend Pothier, les Conciles de Tours, de Reims et de Bordeaux, tenus en 1583. *Traité du mariage*, n° 349, à la note.

Digitized by Google

clergé, et sur lequel nous reviendrons plus loin (*infra*, p. 40), fixa désormais la jurisprudence; le mariage fut déclaré clandestin et nul toutes les fois qu'il y manqua la présence du propre curé, ou celle de quatre témoins [1]. Quant à l'absence des bans, elle n'emportait point avec elle la nullité du mariage, quoiqu'elle le rendît illicite, mais elle formait présomption de clandestinité [2].

On voit qu'en France la loi civile avait copié la loi canonique et en avait assuré l'exécution; mais ces mesures prises par nos rois changèrent complétement la notion qu'on se faisait du mariage au moyen âge. Désormais ce n'était plus un simple sacrement, qui n'intéressait que la conscience des fidèles, et dont l'Église seule était juge, le mariage était redevenu contrat et sacrement comme dans les six premiers siècles du christianisme, et si la royauté laissait l'Église maîtresse absolue du sacrement, elle entendait bien régler à l'avantage de la société les conditions du contrat. Aussi la juridiction avait-elle changé; l'appel comme d'abus avait permis au parlement de s'assurer que le clergé respecterait les lois royales, et c'était le juge séculier qui en fin de compte prononçait sur la validité du mariage, en tout ce qui touche les effets civils du contrat [3].

« Le sacrement du mariage, dit d'Héricourt [4], est fondé sur un contrat civil que « Jésus-Christ a élevé à la dignité de sacrement. On a laissé aux juges ecclésiastiques « la connaissance des affaires qui regardent les mariages quand il s'agit du lien du sa- « crement; mais lorsqu'on traite la question de la validité du mariage des personnes « qui sont décédées, à l'occasion de leur succession, de leur état ou de celui de leur fa- « mille, le lien qu'avait formé le sacrement étant rompu, l'affaire devient séculière, « et elle ne peut être décidée que par le juge laïque. »

Cette révolution dans les idées était achevée sous Louis XIV, et elle

[1] Edit du mois d'avril 1695, art. 34. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, E. XIX, art. 5, à la note.

[2] D'Héricourt. *Lois ecclésiastiques de France*, ch. V, *Du mariage*, art. 21 et 26.

[3] Voyez la *Déclaration du roi concernant les mariages faits par d'autres prêtres que les curés des contractants*, du 15 juin 1697. *Recueil des Edits, Déclarations, Ordonnances et Règlements concernant les mariages*, Paris, 1724, p. 303. — Le Ridant. *Code matrimonial*, Paris, 1766, p. 107.

[4] D'Héricourt. *Loc. cit.*

Digitized by Google

mérite qu'on s'y arrête, car le Code Napoléon n'a été que la dernière et plus parfaite expression des maximes défendues par nos Parlements et nos anciens jurisconsultes.

§ 5. *Des maximes des Parlements, des canonistes et de nos anciens jurisconsultes sur la distinction du contrat et du sacrement.*

On a vu plus haut que le Concile de Trente avait réglé les formes publiques du mariage. Pothier, en rapportant ces dispositions, ne peut s'empêcher d'y joindre la réflexion qui suit [1] :

« Observez que quoique la forme prescrite par le Concile pour les mariages soit très-« sage, et qu'elle ait été en conséquence adoptée et confirmée par les ordonnances de « nos rois, néanmoins, le Concile excédait son pouvoir en déclarant nuls de sa seule « autorité les contrats de mariage où elle n'aurait pas été observée; car les mariages, « en tant que contrats, appartiennent comme tous les autres contrats à l'ordre politi-« que, et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculière et non de « celle du Concile, à qui il n'appartenait pas de statuer sur leur validité ou invalidité. »

Que Pothier ait commis ou non un anachronisme en supposant qu'à l'époque du Concile de Trente on se fit une idée aussi nette de la distinction du contrat et du sacrement, c'est ce qu'il serait oiseux d'examiner; ce qui n'est pas douteux, c'est qu'en parlant comme il fait, il résume la doctrine constante, uniforme des Parlements, des canonistes et des jurisconsultes français du dix-septième et du dix-huitième siècle. Ils tiennent tous comme maxime indubitable que le mariage est d'abord et avant tout un contrat civil auquel le sacrement s'ajoute, et sans lequel il ne peut pas exister. Tous admettent, par conséquent, que c'est à la puissance civile qu'il appartient de régler les formes du contrat, et que là où ces formes n'ont pas été observées, il n'y a pas eu de contrat, et qu'ainsi il n'y a point de place pour le sacrement. C'est la doctrine que le dominicain Campège avait soutenu au Concile de Trente, en disant « que dans le mariage le contrat civil est, selon la loi de Dieu, la matière du sacrement, et que si un contrat de mariage

[1] *Traité du mariage*, partie IV, ch. 1, § 4, n° 348.

Digitized by Google

est détruit et déclaré non valable, il ne peut pas être matière de sacrement [1]. »

Dans la multitude de documents qui établissent la constance des idées françaises en ce point, je choisirai seulement une des pièces les plus importantes, celle qui, ce semble, a eu l'influence la plus considérable sur le développement de notre jurisprudence, et qui touche de très-près la question qui nous occupe.

Le pouvoir du prince sur le mariage était un affaiblissement de l'autorité absolue qu'avait prise le clergé, et les théologiens ne s'y résignaient pas volontiers. Le 18 juin 1676, un docteur en théologie, M. Jacques L'Huillier, soutint en Sorbonne une thèse publique dans laquelle il prétendit que c'était une erreur de vouloir ôter à l'Église le droit de faire des empêchements annulant le mariage pour le donner aux princes séculiers. Le Parlement se saisit de l'affaire et manda à sa barre le syndic de la Faculté de théologie, Gaston Chamillard, et le docteur L'Huillier. Denis Talon, l'avocat du roi, défendit le droit de la souveraineté, et dans son discours réfuta une théorie qui n'est peut-être pas loin de renaître, et qu'il nomma une *proposition téméraire, séditieuse, et qui fait injure au sacerdoce et aux puissances séculières.*

« Nous savons, dit-il, que quelques docteurs modernes ont voulu distinguer dans les « mariages deux sortes de contrats, l'un civil, dont ils avouent que les princes peu- « vent déterminer les conditions et les effets, l'autre naturel, qu'ils disent n'être point « de leur ressort, et ne dépendre que de la volonté des contractants, et sur lequel « l'Eglise exerce son autorité, depuis qu'il est élevé à la dignité de sacrement; mais « telle distinction subtile ou plutôt chimérique n'a point de fondement; et s'il est vrai « qu'il y ait des contrats qui soient purement de droit naturel, le fils de Dieu n'a point « attribué aux apôtres, ni à leurs successeurs, le pouvoir d'en juger la validité, à l'ex- « clusion des princes et des magistrats; et si des peuples barbares ont confondu quelque « temps l'honneur et la dignité du mariage avec le mélange des corps, la débauche et le « libertinage, il n'y a point eu de nations policées qui n'aient établi des règles concer- « nant les mariages, comme étant l'action la plus importante de la société civile et dans « son principe et dans ses effets; et ces lois étant en vigueur lorsque l'Evangile a été « publié, notre souverain législateur s'est expliqué en toutes rencontres qu'il ne venait « pas pour les anéantir ni pour les détruire, mais plutôt pour exciter les hommes à les

[1] [Rassicod.] *Notes sur le Concile de Trente*, p. 290.

Digitized by Google

« observer, par ses paroles et par son exemple, et pour enseigner à ses disciples une « obéissance respectueuse [1]. »

Le premier président Lamoignon, ayant pris l'avis de MM. les conseillers, blâma la thèse de L'Huillier, et fit l'histoire de la législation du mariage avec toute l'autorité de son expérience et de son rang. C'est comme organe de la justice et de la loi qu'il déclara :

« Que les rois ont le pouvoir de faire des lois irritantes sur le sujet des mariages; « que les rois tenaient ce pouvoir de Dieu seul, comme faisant partie de cette puis- « sance souveraine qui regarde le temporel de leurs royaumes.

« Que quand l'Eglise, de son côté, a pris connaissance des mariages à cause du sacre- « ment, ça été sans toucher à l'autorité que les souverains ont toujours eue sur *le con- « trat qui est la base et le fondement du sacrement*, et qui est aussi le principal de tous les « contrats qui soutiennent la vie civile; que Jésus-Christ... n'a point diminué ce pou- « voir absolu des rois lorsqu'il a élevé le mariage à la dignité du sacrement; au con- « traire, l'Evangile, qui est la loi nouvelle qu'il a apportée sur la terre, augmente en- « core la soumission et l'obéissance des sujets à l'égard de leurs princes en les y « attachant par un nouveau lien, plus fort que tous les autres, qui est celui de la re- « ligion.

« Que tel a été le sentiment des plus savants théologiens, qui en ont parlé dans le « Concile de Trente, même au rapport du cardinal Pallavicin, qui, étant cardinal et « écrivant dans Rome, ne doit pas être suspect sur cette matière.

« Aussi, longtemps durant, l'Eglise n'a point observé d'autres lois touchant les ma- « riages que celles des empereurs, et quand elle a commencé à faire des canons et des « règles sur ce sujet, elle l'a fait avec beaucoup de circonspection, n'ordonnant rien de « contraire aux lois civiles, et même reconnaissant qu'on devait s'adresser aux empereurs, « cette matière regardant aussi leur juridiction : *in ea re legem imperialem petendam « promulgari*; ce sont les paroles des évêques assemblés à Milève, en l'an 416, lorsqu'ils « déclarent que celui qui quitte sa femme pour adultère n'en doit point épouser une « autre.

« ..... Ceux qui ont quelque connaissance de l'antiquité savent que le seul droit ro- « main a été observé pour les degrés de parenté, et pour plusieurs autres choses qui « concernent les mariages, jusqu'à ce que l'autorité des empereurs et celle de leurs « lois aient été abolies dans l'Occident; et si les constitutions que les papes ont com- « mencé à faire en ce temps et sur ce sujet sont différentes des lois de Justinien et de « Théodose, cette différence vient de l'ignorance des temps, non pas des papes qui « croient s'y conformer.

« Quoi qu'il en soit, jamais l'Eglise n'a prétendu ôter aux rois ce pouvoir qu'ils « avaient avant qu'elle fût établie sur la terre; elle n'aurait pas pu même le faire, « parce qu'ils le tiennent immédiatement de Dieu, et indépendamment de toutes les « puissances du monde; et quand la théologie a traité cette question dans les écoles, « les plus grands docteurs entre les scolastiques, et entre autres saint Thomas qui en « est le chef, ont dit que le mariage avait plusieurs rapports. *Comme il se rapporte à « l'Eglise en tant que sacrement, il dépend aussi du prince séculier en tant qu'il est un*

[1] *Notes sur le Concile de Trente*, p. 313; *Examen de deux questions*, etc., p. 87.

Digitized by Google

« *contrat civil, de sorte que si l'Eglise peut faire des conditions irritantes à l'égard du sa-*
« *crement, le prince avait aussi ce pouvoir à l'égard du contrat, lequel étant nul par défaut*
« *du consentement légitime, le sacrement n'y peut être attaché, non plus que la forme ne*
« *peut subsister sans la matière.*

« Ainsi les lois qui irritent le contrat et qui le rendent nul, par une disposition pré-
« cise pour la nullité, irritent entièrement le mariage et empêchent qu'il ne soit un
« sacrement, puisque *le sacrement ne peut être sans un contrat.*

« Qu'il fallait bien prendre garde qu'à l'avenir on ne mît plus dans les thèses de pro-
« positions semblables, qui restreignent le pouvoir des rois purement aux effets civils
« ou qui ont un sens équivoque, et qui peuvent former des doutes contre la saine et
« véritable doctrine, laquelle n'ôtant rien à l'Eglise de ce qui lui appartient, conserve
« aussi aux rois ce que Dieu seul leur a donné avant même qu'il eût formé son
« Eglise [1]. »

Tel était le sentiment du Parlement, et c'est en vertu de ces maximes qu'il ne se faisait nul scrupule d'annuler les mariages contractés par les fils de famille sans le consentement de leurs parents [2], quoique le Concile condamnât d'*anathème ceux qui soutiennent faussement que les mariages contractés par les enfants de famille, sans le consentement de leurs parents, sont nuls, et que les pères et les mères les peuvent rendre bons ou nuls* [3], et qu'il n'y eût point de loi formelle pour casser de pareilles unions. C'était la jurisprudence qui maintenait les droits de la société civile.

Quant aux canonistes français, ils s'éloignaient également des opinions ultramontaines, qui donnaient à l'Eglise la toute-puissance en ce qui touche les lois du mariage, et des opinions de Launoy qui, dans un traité célèbre [4], revendiquait ce privilége pour le prince seul. Tous ne distinguent pas formellement le contrat et le sacrement; mais, ce qui au fond revient au même, tous reconnaissent que l'Eglise et l'Etat ont le droit de régler les mariages, et qu'il n'y a de *consentement légitime que celui qui est conforme à l'institution divine, aux lois de l'Eglise et de l'Etat* [5]. Pothier a réuni un certain nombre de témoignages qui

[1] *Notes sur le Concile*, etc. p. 324 et suiv. *Examen de deux questions*, etc., p. 89 et suiv.
[2] *Notes sur le Concile*, etc. p. 309.
[3] *Concile de Trente*, sess. XXIV, ch. 1er.
[4] Launoy, *De regia in matrimonium Potestate*, Paris, 1674, in-4°, et, dans ses œuvres complètes, Cologne, 1731, t. I, part. II, p. 625-882.
[5] Expressions du sage Fleury. *Instit. au Droit ecclésiastique*, IIe partie, ch. V.

Digitized by Google

montrent clairement qu'en ce point les canonistes étaient d'accord avec les juriconsultes et le Parlement [1].

Il est inutile de multiplier les citations des jurisconsultes; ils étaient tous de l'opinion de Pothier [2]. Je rapporterai seulement ce que dit le savant Prévôt de la Jannès, l'ami et le rival de Pothier, car il est difficile de dire mieux en moins de mots :

« Le mariage est une société contractée entre un homme et une femme pour avoir « des enfants et vivre en commun pendant tout le temps de leur vie. Il a plu à Jésus-« Christ de l'élever à la dignité de sacrement, en y attachant des grâces pour l'édu-« cation des enfants et pour la sanctification de cette société; ainsi le mariage est et « contrat civil et sacrement.

« On appelle contrat civil l'engagement mutuel produit par le consentement des « parties donné avec toutes les conditions requises par les lois; ce contrat civil, qui « est la matière, le fondement et la cause du sacrement de mariage, doit être parfait « en sa substance pour être élevé à la dignité de sacrement; car Dieu n'a pas voulu « sanctifier toutes sortes d'unions, mais seulement celles qui se font conformément à « la disposition des lois civiles, auxquelles il veut qu'on obéisse; ainsi, lorsque le con-« trat est nul par défaut de consentement légitime, le sacrement n'y peut être attaché, « non plus que la forme ne peut subsister sans la matière [3]. »

Voilà donc un point établi de façon incontestable, c'est que notre ancienne jurisprudence distinguait le contrat civil du sacrement, que l'existence du premier était nécessaire à l'existence du second, et que par conséquent le curé remplissait une double fonction, étant à la fois officier de l'Etat et officier de l'Eglise, ou, pour parler avec le tribun Siméon et nos anciens canonistes, étant à la fois *ministre du contrat civil de mariage*, et *dispensateur du sacrement* [4].

On va bientôt sentir quelle est l'importance de cette distinction.

[1] Pothier. *Traité du mariage*, partie I, ch. III, art. 1er, nos 11-18. Il est remarquable que le savant pape Benoît XIV n'ose pas condamner cette opinion dans les pays qui n'ont pas reçu le Concile de Trente. V. la bulle *Redditæ sunt nobis* du 17 septembre 1746. *Bullar. Bened.* XIV, éd. de Prato, t. III, part. I, p. 462.

[2] Pothier, *loc. cit.*

[3] *Les Principes de la jurisprudence française*, Paris, 1769, t. II, no 296.

[4] Rapport du tribun Siméon sur les actes de l'état civil. Fenet, t. VIII, p. 296.

Digitized by Google

§ 6. *Législation du mariage suivant le Concordat de* 1801.

La loi du 20 septembre 1792 sur l'État civil, loi qui a été suivie par le Code Napoléon, sécularisa la législation; elle fit cesser cette intime union des institutions civiles et religieuses qui avait caractérisé notre ancienne monarchie; elle voulut que l'état civil des hommes fût indépendant du culte qu'ils professaient; et, en attribuant la célébration du mariage aux officiers municipaux, elle sépara le contrat du sacrement, et l'en rendit tout à fait indépendant [1].

Cette séparation était complète et durait depuis dix ans, lorsque fut conclu le Concordat qui rétablit en France l'exercice public du culte, et régla les rapports de l'Eglise et de l'Etat. La question du mariage devait naturellement se présenter, car c'est une de ces questions mixtes où l'Eglise et l'Etat ont chacun un intérêt particulier. Nous ignorons quelles furent les prétentions de la cour de Rome; mais ce que nous savons, c'est que *les articles organiques de la convention entre le gouvernement français et Sa Sainteté Pie VII*, articles soumis à la législature, et promulgués comme loi de l'Etat, réservent l'indépendance du pouvoir civil, et conservent l'ancienne distinction du contrat et du sacrement, en décidant à l'article 54, que :

« Ils (les curés) ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui « justifieront en bonne et due forme avoir contracté mariage devant « l'officier de l'état civil. »

Les articles organiques furent présentés avec le Concordat au Corps législatif par le savant et sage Portalis. Il avait eu la part principale à la rédaction de ces lois, qui résumaient les maximes les plus certaines de notre ancienne jurisprudence. C'est également Portalis qui fut plus tard le rapporteur du titre du mariage dans le Code civil; l'opinion de cet homme illustre, de ce jurisconsulte si versé dans notre ancien

[1] V. le Rapport de Portalis sur le titre *Du mariage*. Fenet, t. IX, p. 141.

Digitized by Google

droit, de ce créateur de nos lois ecclésiastiques et civiles, a donc ici une importance sans égale : c'est lui qui va nous donner l'esprit du Concordat et du Code civil ; on verra si rien est changé aux anciennes maximes, aux anciens usages de France. Il est bon de voir de quel côté on innove, et quels sont les défenseurs de la tradition.

Dans son rapport sur les articles organiques, Portalis, alors conseiller d'Etat et orateur du gouvernement, s'exprime ainsi, en ce qui concerne le mariage [1] :

« La matière des mariages demandait une attention particulière ; anciennement ils « étaient célébrés devant le propre curé des contractants, qui était à la fois ministre « du contrat au nom de l'Etat, et ministre du sacrement au nom de l'Eglise. Cette « confusion dans les pouvoirs différents que l'on confiait à la même personne en a « produit une dans les idées et dans les principes. Quelques théologiens ont cru et croient « encore qu'il n'y a de véritables mariages que ceux qui sont faits en face de l'Eglise. « Cette erreur a des conséquences funestes. Il arrive en effet que des époux abusés ou « peu instruits négligent d'observer les lois de la république, se marient devant le « prêtre sans se présenter à l'officier civil, et compromettent ainsi, par des unions que « les lois n'avouent pas, l'état de leurs enfants et la solidité de leurs propres contrats. « Il est nécessaire d'arrêter ce désordre et d'éclairer les citoyens sur un objet duquel « dépend la tranquillité des familles.

« En général, c'est à la société à régler les mariages ; nous en attestons l'usage de tous « les gouvernements, de tous les peuples, de toutes les nations.

« Le droit de régler les mariages est même pour la société d'une nécessité absolue « et indispensable. C'est un droit essentiel et inhérent à tout gouvernement bien or- « donné, qui ne peut abandonner aux passions et à la licence les conditions d'un contrat, « le plus nécessaire de tous les contrats, et qui est la base et le fondement du genre « humain.

« Nous savons que le mariage n'est pas étranger à la religion, qui le dirige par sa « morale, *et qui le bénit par un sacrement*.

« Mais les lumières que nous recevons de la morale chrétienne ne sont certainement « pas un principe de juridiction pour l'Eglise ; sinon il faudrait dire que l'Eglise a « droit de tout gouverner, puisqu'elle a une morale universelle qui s'étend à tout et « qui ne laisse rien d'indifférent dans les actes humains. Ce serait renouveler les an- « ciennes erreurs qui, sur le fondement que toutes les actions avaient des rapports « avec la conscience, faisaient de cette relation un principe d'attraction universelle « pour tout transporter à l'Eglise.

« Le rapport du mariage au sacrement n'est pas non plus une cause suffisante pour « rendre l'Eglise maîtresse des mariages.

« Aujourd'hui même on reconnaît des mariages légitimes qui ne sont pas sanctifiés

[1] Rapport publié avec d'autres pièces, sous le titre d'*Organisation des cultes*, imprimerie de la République, germinal an X, et réimprimé dans les *Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Concordat de 1801*, Paris, 1845, p. 90.

Digitized by Google

« par le sacrement; tels sont les mariages des infidèles et de tous ceux qui ont une foi « contraire à la foi catholique; tels étaient les mariages présumés, qui étaient si com- « muns avant l'ordonnance de Blois. L'usage de l'Eglise est même de ne pas remarier « les infidèles qui se convertissent.

« Le mariage est un contrat qui, comme tous les autres, est du ressort de la puis- « sance séculière, à laquelle seule il appartient de régler les contrats.

« Les principes que j'invoque furent attestés par le chancelier de Pontchartrain dans « une lettre écrite le 3 septembre 1712 au premier président du Parlement de Besançon. « Dans cette lettre, le chancelier de Pontchartrain, après avoir distingué le mariage « d'avec le sacrement de mariage, établit que le mariage en soi est uniquement du res- « sort de la puissance civile; que le sacrement ne peut être appliqué qu'à un mariage « contracté selon les lois; que la bénédiction nuptiale appliquée à un mariage qui « n'existerait point encore serait un accident sans sujet, et qu'un tel abus des choses « religieuses serait intolérable.

« Il est donc évident qu'il doit être défendu aux ministres du culte d'administrer le « sacrement de mariage, toutes les fois qu'on ne leur justifiera pas d'un mariage civi- « lement contracté. »

On sait que plusieurs des articles organiques déplurent à Rome, et, dans son allocution portant ratification du Concordat, le pape se réserva de faire des représentations à ce sujet. Ce discours ayant produit quelque émotion, Portalis, alors *conseiller d'Etat, chargé de toutes les affaires concernant les cultes* (c'était son titre officiel), adressa au premier consul un rapport qui justifiait les articles organiques, en montrant qu'ils n'introduisaient pas *un droit nouveau, et qu'ils n'étaient qu'une nouvelle sanction des antiques maximes de l'Eglise gallicane*[1].

En ce qui touche notre article, la justification qu'en donne Portalis est des plus brèves et des plus nettes.

« Art. 54. Les curés ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront « en bonne et due forme, avoir contracté mariage devant l'officier civil. »

« La sagesse de cet article est évidente; on a eu pour objet de prévenir les unions « clandestines et factices.

« Dans le mariage, on a toujours distingué le contrat et le sacrement. La loi ne re- « connaît de valables que les mariages contractés suivant les formes qu'elle a établies : « le sacrement n'est relatif qu'au salut des époux et aux grâces qu'ils peuvent recevoir « du ciel.

[1] Ce sont les paroles mêmes de Portalis : *Discours, Rapports et Travaux*, etc., p. 113. La plupart de ces pièces, si précieuses pour notre droit public ecclésiastique, n'ont été publiées qu'en 1845, par M. le conseiller Frédéric Portalis, enlevé trop tôt à la science, et digne héritier de son aïeul et de son père.

Digitized by Google

« Il arrrivait souvent qu'un séducteur adroit conduisait devant un prêtre la personne « qu'il feignait de choisir pour sa compagne, vivait maritalement avec elle, et refusait « de paraître devant l'officier civil. Quand ce séducteur était fatigué d'une union qui « lui devenait importune, il quittait sa prétendue femme et la livrait au désespoir, car « cette infortunée n'avait aucune action pour réclamer son état ni celui de ses enfants. « L'article obvie à ces dangers. »

Ce rapport, présenté au premier consul le cinquième jour complémentaire an XI, fut suivi, le 21 ventôse an XII, d'un mémoire confidentiel à l'empereur sur les représentations faites par le pape, mémoire qui, avec peu de changements, servit de réponse officielle aux réclamations de la cour de Rome [1]. On y voit qu'en ce qui touche le mariage, le seul changement que demande le pape est la suppression du divorce. Il ne réclame pas contre la distinction du contrat et du sacrement. Cette acceptation tacite est un fait énorme; car il en résulte que depuis que les rapports ont été rétablis entre l'Eglise et l'Etat, c'est-à-dire depuis 1801, les évêques et les curés n'ont plus été que les dispensateurs du sacrement, et que le sacrement ne peut s'appliquer qu'à un mariage contracté suivant les lois.

Il ne faut pas croire du reste que cette législation soit particulière à la France; les mêmes idées et les mêmes principes ont prévalu en Belgique, en Autriche (au moins jusqu'au dernier Concordat), en Prusse, dans les provinces Rhénanes. En tous ces pays, qu'on l'approuve ou qu'on la condamne, la distinction du contrat et du sacrement fait partie des lois que le clergé est tenu d'observer [2], et on ne voit pas que la dignité du mariage ait rien perdu à ce respect.

[1] Ces deux derniers documents ont été publiés pour la première fois par M. le vicomte Frédéric Portalis : *Discours*, *Rapports et Travaux*, etc., p. 284 et suiv., 296 et suiv.

[2] Permaneder, *Droit canonique* (en allemand). Landshut, 1846, §§ 602, 603. Je cite Permaneder, parce que c'est un canoniste très-dévoué aux idées romaines, et que les faits qu'il constate sont d'autant plus certains qu'il les blâme avec une extrême sévérité.

Digitized by Google

§ 7. *Législation du mariage suivant le Code Napoléon.*

Sauf la séparation du contrat et du sacrement, l'un confié à l'officier de l'état civil, l'autre au curé, il n'y a guère d'innovation dans la législation du mariage pour le point qui nous occupe.

Ce sont les lois de Louis XIV qu'on reproduit; mais il est visible que les rédacteurs du Code veulent en finir avec les mariages clandestins; c'est ainsi qu'on supprime dans l'usage les dispenses de bans et qu'on tâche d'établir une véritable publicité, car *le mariage intéresse toute la société, et son premier caractère est d'être public* [1].

Portalis, qui présenta au Corps législatif le titre du mariage, s'exprime avec une grande force sur la clandestinité, et ses paroles méritent d'être pesées :

« Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages, ou il faut proscrire la clandestinité; car, d'après la définition des jurisconsultes, les mariages clandestins sont « ceux que la société n'a jamais connus, qui n'ont été célébrés devant aucun officier « public, et qui ont constamment été ensevelis dans le mystère et dans les ténèbres. « Cette espèce de mariage clandestin n'est pas la seule, elle est la plus criminelle. *On « place encore parmi les mariages clandestins ceux qui n'ont point été précédés des publications requises, ou qui n'ont point été célébrés devant l'officier civil que la loi indiquait aux « époux,* ou dans lesquels le consentement des père et mère, des aïeuls et aïeules et « des tuteurs n'est pas intervenu. Comme toutes ces précautions ont été prises pour « prévenir la clandestinité, il y a lieu au reproche de clandestinité quand on a négligé « ces précautions.

« La nullité des mariages clandestins est évidente [2]. »

Il ajoute plus loin :

« *La plus grave de toutes les nullités est celle qui dérive de ce qu'un mariage « n'a pas été célébré publiquement et en présence de l'officier civil compétent.* Cette « nullité donne action aux pères et aux mères, aux époux, au ministère public et à tous « ceux qui y ont intérêt. *Elle ne peut être couverte par la possession ni par aucun acte « exprès ou tacite de la volonté des parties; elle est indéfinie et absolue.* Il n'y a pas mariage, « mais commerce illicite entre des personnes qui n'ont point formé leur engagement

[1] Thibaudeau, *Exposé des motifs des actes de l'état civil*, Fenet, t. VIII, p. 279.
[2] Portalis, *Exposé des motifs*, etc., Fenet, t. IX, p. 14.

Digitized by Google

« en présence de l'officier civil compétent, *témoin nécessaire du contrat*. Dans notre lé-
« gislation actuelle, le défaut de présence de l'officier civil compétent a les mêmes
« effets qu'avait autrefois le défaut de présence du propre curé. Le mariage était radi-
« calement nul ; il n'offrait qu'un attentat aux droits de la société et une infraction
« manifeste des lois de l'Etat.

« Ainsi, nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils de mariage, s'il ne
« représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil [1]. »

On voit que le Code, tout en restant fidèle aux anciens principes, en a tiré seulement des conclusions plus sévères, et il a si bien réussi à établir une publicité complète, qu'aujourd'hui, pour contracter un mariage clandestin, il faut sortir de France. Reste à savoir si le législateur français souffre un pareil mépris de ses lois, et si les usages d'Espagne sont assez complaisants pour qu'on puisse se jouer du Code Napoléon et de la sagesse de nos pères en allant passer une heure de l'autre côté de la Bidassoa.

§ 8. *Des lois espagnoles sur le mariage, depuis le Concile de Trente jusqu'à nos jours.*

En Espagne, où le Concile de Trente a été reçu comme loi de l'Etat, le mariage est resté entre les mains du clergé et il est réglé par les dispositions du Concile. L'Espagne en est au point où était la France à la veille de la Révolution, ou plutôt à l'avénement de Louis XIV. Il y a eu progrès de la puissance civile, en ce sens que les rois espagnols se sont bien reconnu le droit d'établir des empêchements au mariage [2], et qu'ainsi, par la force des choses, le prêtre est devenu à la fois officier de l'Etat et dispensateur du sacrement; mais on n'a point introduit, comme en France, la nullité civile des unions illégales, et il n'y a pas eu davantage séparation publique du contrat et du sacrement. Il a été question plusieurs fois de cette mesure; mais depuis 1830 on

[1] Fenet, t. IX, p. 372.

[2] C'est ainsi, par exemple, qu'un décret royal d'avril 1805 punit de la confiscation des biens et de la déportation les mineurs qui se marient sans le consentement de leurs parents, et les curés qui prêtent leur ministère à ces unions, tolérées cependant par le Concile de Trente. *Novissima Recopilacion*, liv. X, tit. 22, loi 12.

Digitized by Google

n'a pas voté un seul des nombreux projets de Code civil qui ont été présentés aux Cortès. La législation de l'Espagne est toujours celle de la *Novissima Recopilacion*.

Pour ce qui touche les mariages clandestins, rien n'a été changé, et aujourd'hui, comme au seizième siècle, pour qu'un mariage soit valable entre personnes libres et maîtresses de leurs actions, il y faut les trois conditions établies par le Concile : 1° Publication des bans (*proclamas*); 2° présence du propre curé; 3° assistance de deux ou trois témoins.

La première condition est-elle de nécessité absolue? c'est un point sur lequel la jurisprudence espagnole en est restée au même état que l'ancienne jurisprudence française, bien qu'un décret des Cortès du 23 février 1822, remis en vigueur le 7 janvier 1837, ait recommandé la stricte observation des prescriptions du Concile, et ait défendu aux curés de marier des personnes étrangères à leur paroisse, sans autorisation de l'Ordinaire [1].

Quant aux deux autres conditions, il n'est pas douteux que chacune d'elles ne soit d'absolue nécessité, et que l'omission d'une seule n'empêche le mariage d'exister [2].

« Les mariages, dit Escriche, que le Concile de Trente a déclarés nuls sont ceux « qui n'ont pas été célébrés en présence du propre curé ou d'un autre prêtre, avec la « permission du curé ou de l'Ordinaire, et en présence de deux ou trois témoins, de « sorte que ces unions ne sont pas des *mariages*, et n'ont pas la qualité de *clandestins* [2], « parce que ce qui n'existe pas, ou qui n'a aucun effet, ne peut avoir une qualité qui « suppose l'existence et les effets d'une chose à laquelle cette qualité est inhérente. Le « mariage clandestin [avant le Concile de Trente] était un vrai mariage, quoiqu'il fût

[1] Escriche, *Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, Paris, 1852, v° MATRIMONIO, n° IX.

Guia del legista, Madrid, 1840, p. 21.

Impiden el casamiento
. . . . . .
Si el Paroco no es presente
Y hay de testigos ausencia.

Asso y Manuel, *Instituciones del Derecho civil*, liv. I, tit. VI, p. 72; Escriche, *Diccionario*, v° MATRIMONIO, n° IX.

[2] Escriche prend ici le mot de *clandestin* au sens qu'on lui donnait avant le Concile de Trente, pour désigner des mariages qui étaient illicites, mais non pas nuls. V. *supra*, p. 3, note 3.

Digitized by Google

« réprouvé ; mais le mariage auquel ne concourent pas le propre curé et deux ou trois « témoins n'est pas un *mariage*, n'est pas un acte qui produise des effets légaux : ce « n'est rien, juridiquement parlant [1]. »

Maintenant qu'on connaît la législation espagnole, on comprend sans peine que nos anciens jurisconsultes en sont d'excellents commentateurs, et qu'à lire Pothier on y trouve d'excellentes règles de décision pour l'Espagne. La raison en est simple, c'est le Concile de Trente qui a inspiré la loi française comme la loi espagnole, et la seule différence entre les deux pays, c'est que la logique française a été plus loin et qu'elle a tiré franchement les conséquences du principe posé par le Concile, le jour où il a reconnu la nécessité du consentement *légitime* des époux, c'est-à-dire la distinction du contrat et du sacrement.

[1] Escriche, *Diccionario*, v° MATRIMONIO CLANDESTINO, n° v. « Los matrimonios que declaró « nulos el Concilio de Trento, eran los que no se celebrasen en presencia del párroco, ó de « otró sacerdote con licencia del mismo ó del ordinario, y de dos ó tres testigos ; de suerte « que no son ya *matrimonios*, ni tienen la calidad de *clandestinos*, porque lo que no existe, « ó no es de ningun efecto, no puede tener una calidad que supone la existencia y efectos de « la cosa á que va inherente. El matrimonio *clandestino* era verdadero matrimonio, aunque « reprobado ; y el matrimonio á que no concurren el párroco y dos ó tres testigos, no es ya « matrimonio, no es acto que produzca efectos legales, no es nada, juridicamente hablando. »

Digitized by Google

DEUXIÈME PARTIE.

EXAMEN DES QUESTIONS QUE SOULÈVE LE MARIAGE PESCATORE.

A présent que nous connaissons les dispositions et l'esprit des législations française et espagnole, passons à l'examen des faits, et voyons quelles lois doivent rég er la validité du mariage Pescatore.

§ 1. *Le mariage Pescatore est-il un mariage espagnol ou un mariage français?*

La première question qui se présente est de savoir à quel pays appartient le mariage Pescatore, et suivant quelles lois on doit le juger. C'est un point capital, car nous avons vu que les lois françaises et les lois espagnoles, semblables à l'origine, n'ont pas marché du même pas, et qu'aujourd'hui le Code Napoléon est plus rigoureux que la loi espagnole.

Supposons donc pour un moment que ce soit la loi espagnole qui doive régler ce mariage, suivant la maxime *locus regit actum*, puisque c'est en Espagne que le mariage a été célébré; laissons même de côté la question de savoir si les publications exigées par les articles 170 et 171 du Code Napoléon ont été faites, si la transcription a eu lieu, et si l'omission de ces formalités n'est pas une cause de nullité; nous reviendrons sur ce point en examinant si le mariage Pescatore est valide suivant les lois françaises (*infrà*, § 6): pour l'instant, considérons ce mariage comme purement espagnol, et voyons si les conditions établies par le Concile ont été remplies.

Digitized by Google

§ 2. *Si le mariage Pescatore est un mariage espagnol, il est nul, car il n'y a pas eu de publications en Espagne, et il n'a pas été fait devant le propre curé.*

Il est évident que M. Pescatore et Mme Weber n'étaient point dans la situation voulue pour contracter un mariage en Espagne.

Aucun d'eux n'avait de domicile en Espagne; il était donc impossible qu'on y publiât leurs bans, et qu'ils y eussent une paroisse et un propre curé.

Aucun évêque d'Espagne n'était l'Ordinaire de deux étrangers qui habitaient en France, et ne pouvait ni les dispenser de la publication des bans, ni autoriser un curé espagnol à les marier.

Mgr l'évêque de Pampelune a pu accepter la délégation de Mgr l'archevêque de Bordeaux (et selon nous, il a eu tort); M. le curé de Renteria a pu obéir à son évêque, et donner la bénédiction nuptiale par délégation aux deux personnes qui ont paru un instant sur le sol d'Espagne; mais ni l'évêque de Pampelune, ni le curé de Renteria n'ont pu croire qu'ils célébraient un mariage *espagnol*, car toutes les conditions voulues par le Concile y manquaient, et la loi canonique comme la loi civile d'Espagne repoussent une pareille union.

Ce peut être un mariage français fait par délégation, ce ne peut être un mariage espagnol; et la loi de ce mariage est la loi française.

§ 3. *Si le mariage Pescatore est nul comme mariage espagnol, la délégation faite par Mgr l'archevêque de Bordeaux peut-elle le rendre valide?*

S'il n'y avait pas eu délégation faite par Mgr l'archevêque de Bordeaux, et acceptée par Mgr l'évêque de Pampelune, il serait impossible de défendre le mariage Pescatore; mais on prétendra que la délégation a rempli toutes les conditions du Concile, et que, par conséquent, le mariage est valide, au moins en Espagne.

Digitized by Google

Suivant le droit canonique et la loi espagnole, dira-t-on, l'Ordinaire peut dispenser de la publication des bans, et il peut aussi déléguer un autre prêtre que le propre curé pour célébrer le mariage; il peut même et par des motifs graves permettre que cette cérémonie se fasse sans publicité, suivant une bulle de Benoit XIV, qui a été reçue en Espagne[1]. Mgr l'archevêque de Bordeaux s'est mis en règle de ce côté, et par conséquent le mariage Pescatore est valablement contracté.

Cette assertion comprend deux questions qui demandent un examen séparé.

La première est une question de fait, et qui peut se décider suivant le droit canonique : c'est la question de savoir si Mgr l'archevêque de Bordeaux était l'Ordinaire de M. Pescatore et de Mme Weber.

La seconde est une question de droit public, et doit se décider suivant le Concordat : c'est la question de savoir si un évêque français, simple dispensateur du sacrement, a pu déléguer à un prêtre espagnol le droit de marier civilement et religieusement deux de ses diocésains.

Ces deux questions sont indépendantes l'une de l'autre. Si la première était résolue négativement, il serait inutile d'examiner la seconde; mais une solution affirmative du premier point ne déciderait nullement le second.

§ 4. *Mgr l'archevêque de Bordeaux n'a pu donner une délégation valide, car il n'était l'ordinaire ni de M. Pescatore, ni de Mme Weber.*

§ a. *Des conditions du domicile.*

Mgr l'archevêque de Bordeaux était-il l'Ordinaire (c'est-à-dire l'évêque diocésain) de M. Pescatore et de Mme Weber? c'est une question de fait et qu'il est aisé de résoudre à un tribunal français, car nos

[1] Cette bulle est l'encyclique *Satis vobis*, du 17 novembre 1741 ; elle enjoint aux évêques la plus grande discrétion dans la dispense des publications. Cette bulle a été acceptée comme loi de l'État par les rois d'Espagne. *Novissima Recopilacion*, liv. X, tit. II, lois 10 et 11.

Digitized by Google

principes sur le domicile ont été empruntés au droit canonique, qui lui-même les avait pris du droit romain [1].

Le prêtre compétent pour la célébration du mariage est le curé des parties, ou l'évêque du diocèse où ces parties ont leur domicile.

Lui seul a ce droit, et, suivant le Concile de Trente comme suivant nos anciennes lois françaises, le mariage célébré par un prêtre incompétent est nul et sans valeur. Il n'y a pas eu consentement *légitime*, et par conséquent il n'y a ni contrat ni sacrement [2].

Cette condition du domicile, qu'on le remarque bien, est la condition capitale, car tout se ramène ici à la question de publicité, et il n'y a de publicité que là où les époux sont connus. Autrement il serait trop aisé d'aller en un pays où l'on est étranger, et de faire publier à l'église un nom qui n'apprend rien à personne. A plus forte raison cette condition de domicile est-elle exigible quand il y a dispense de bans. Si la loi canonique s'en remet à l'évêque du diocèse, c'est qu'elle suppose que, connaissant parfaitement les futurs époux, il peut sans danger les dispenser d'une annonce solennelle, mais l'évêque d'un diocèse étranger ne peut avoir ni les mêmes notions, ni le même droit.

Il est toujours délicat de signaler les abus qu'un prêtre peut commettre en sortant de ses fonctions légitimes : nos pères étaient plus hardis; l'édit de Louis XIV du mois de mars 1697 s'exprime sur ce point avec une énergie qui fait connaître toute la grandeur du mal. Je le cite en entier, d'abord parce qu'il reproduit les dispositions du droit canonique (ainsi que le roi nous l'apprend), et que ces dispositions n'ont pas cessé d'être en vigueur dans les pays soumis à la loi canonique, et ensuite parce que les archevêques et évêques de France remercièrent Louis XIV d'avoir coupé court aux mariages clandestins par la vigueur de ses lois. On ne peut donc critiquer l'esprit de ce sage réglement [3],

[1] Sur la définition du domicile, voyez Collet, *Traité des dispenses*, liv. II, part. I^re^, chap. XIII. « Le domicile est, selon les jurisconsultes, le lieu où quelqu'un habite et où il a résolu d'éta-« blir le siége de sa fortune et de sa demeure ordinaire, fixe et permanente. »

[2] Pothier, *Traité du mariage*, partie IV, chap. I, art. 2, n^os^ 354-366.

[3] Déclaration du roi, concernant les mariages faits par d'autres prêtres que les curés des contractants, du 15 juin 1697. (Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 107 et suiv.)

Digitized by Google

Voici l'édit de Louis XIV; on remarquera la sévérité du préambule :

« Louis par la grâce de Dieu, etc., salut [1].

« Les saints conciles ayant prescrit *comme une des solennités essentielles au sacrement « du mariage* la présence du propre curé de ceux qui contractent, les rois, nos prédé- « cesseurs, ont autorisé par plusieurs ordonnances l'exécution d'un règlement si sage, « et qui pouvait contribuer aussi utilement à empêcher ces conjonctions malheureuses « qui troublent le repos et flétrissent l'honneur de plusieurs familles par des alliances « souvent encore plus honteuses par la corruption des mœurs que par l'inégalité de la « naissance ; mais comme nous voyons avec beaucoup de déplaisir que la justice de ces « lois, et le respect qui est dû aux deux puissances qui les ont faites, n'ont pas été capa- « bles d'arrêter la violence des passions qui engagent dans les mariages de cette nature, « et qu'un intérêt sordide fait trouver trop aisément des témoins, et même des prêtres « qui prostituent leur ministère aussi bien que leur foi, pour profaner de concert ce « qu'il y a de plus saint dans la religion et dans la société civile, Nous avons estimé « nécessaire d'établir plus expressément qu'on n'avait fait jusqu'à cette heure la qualité « du domicile, tel qu'il est nécessaire pour contracter un mariage en qualité d'habitant « d'une paroisse, et de prescrire des peines dont la juste sévérité peut empêcher à « l'avenir les surprises que des personnes supposées et des témoins corrompus ont osé « faire pour la concession des dispenses, et pour la célébration des mariages, et conte- « nir dans leur devoir les curés et les autres prêtres, lesquels, oubliant les obligations « de leur caractère, violent eux-mêmes les règles que l'Eglise leur a prescrites, et la « sainteté d'un sacrement dont ils sont encore plus obligés d'inspirer le respect par leurs « exemples que par leurs paroles...

A ces causes... Nous ordonnons :

« Que les dispositions des saints canons, et les ordonnances des rois nos prédécesseurs « concernant la célébration des mariages, et notamment celle qui regarde la présence « du propre curé de ceux qui contractent, soient exactement observées, et en exécution « d'iceux, *défendons à tous curés et prêtres de conjoindre en mariage autres personnes que « ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens, demeurant actuellement et publique- « ment dans leurs paroisses, au moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeuraient « auparavant dans une autre paroisse de la même ville, ou dans le même diocèse, et depuis « un an pour ceux qui demeuraient dans un autre diocèse, si ce n'est qu'ils en aient une « permission* spéciale et par écrit du curé des parties qui contractent, ou de l'archevê- « que ou évêque diocésain.

« Enjoignons à cet effet à tous curés et autres prêtres qui doivent célébrer des ma- « riages, de s'informer soigneusement avant de commencer les cérémonies, et en pré- « sence de ceux qui y assistent, par le témoignage de quatre témoins dignes de foi, « domiciliés et qui sachent signer leur nom..., du domicile aussi bien que de l'âge « de ceux qui contractent..., et d'avertir lesdits témoins des peines portées par notre « présent édit contre ceux qui certifient en ce cas des faits qui ne sont pas véritables, « et de leur en faire signer, après la célébration du mariage, les actes qui seront « écrits sur le registre [2]... »

[1] Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 95 et suiv.

[2] L'édit prononce ensuite contre le curé qui marie sans permission des personnes autres que ses vrais paroissiens la privation de ses revenus au delà de 300 livres, et ce durant

Digitized by Google

Dans cet édit, qui reproduit une déclaration de Louis XIII, du 26 novembre 1639 [1], il est aisé de reconnaître l'origine des articles 165 et 168 du Code Napoléon; mais, je le répète, ces règles ne sont qu'un emprunt fait au droit canonique. L'édit de Louis XIV fut donc introduit sans difficulté dans les anciens rituels, et aujourd'hui que ces prescriptions n'ont plus la même importance, puisque la société civile s'est chargée de la publicité du contrat, les églises de France ont néanmoins conservé l'ancienne discipline, et continuent d'exiger un *domicile de six mois entiers, et non interrompus* [2].

§ b. *M. Pescatore n'avait point de domicile dans le diocèse de Bordeaux.*

Il est certain que M. Pescatore [3] n'a jamais habité six mois de suite dans le diocèse de Bordeaux, et qu'il n'y a jamais établi son domicile. Ses deux domiciles d'été et d'hiver étaient à La Celle Saint-Cloud et à Paris. Il avait, il est vrai, une maison de plaisance à Giscours; mais c'est une question cent fois décidée en droit canonique qu'un séjour d'agrément ne constitue pas le domicile requis pour le mariage. Le droit canonique, comme la loi civile, veut une publicité effective; il faut que le mariage se célèbre là où on est connu de tous, en face d'Eglise, en face d'un vrai public.

Voici comment le cardinal Lambertini (qui fut pape sous le nom de

trois années; en cas de récidive, la peine est le bannissement pendant neuf ans des lieux que les juges estimeront à propos. Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 101.

[1] Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 34 et suivantes.

[2] Synode de Lyon de 1827. Le domicile prescrit est de six mois entiers et non interrompus, soit qu'on vienne du même diocèse, soit qu'on vienne d'un diocèse étranger. Dans le cas où les parties n'ont pas encore acquis dans la paroisse de leur demeure actuelle le domicile prescrit, le curé de cette paroisse ne pourra les marier que lorsqu'ils auront fait publier leurs bans, non-seulement dans sa paroisse, mais encore dans les paroisses où les fiancés ont demeuré et qu'ils ont quittées depuis moins de six mois; mais il lui suffira alors d'avoir les certificats de ces publications, sans qu'il ait besoin de la remise ou consentement des autres curés. Bailly, *Theologia moralis*, t. VI. *De Matrimonio*, art. *De Bannis*, n° 2, p. 148. *De Parocho*, p. 307.

[3] M^me^ Weber demeurant chez M. Pescatore, la question du domicile est la même pour les deux parties.

Digitized by Google

Benoît XIV), s'exprime à ce sujet dans ses *Institutions ecclésiastiques*. Benoît XIV est l'autorité moderne la plus considérable en fait de droit canonique; depuis Innocent III, il n'y a pas eu de plus grand législateur parmi les papes, et ses opinions font loi aujourd'hui :

Institution XXXIII, § 7. « Si quelqu'un va à la campagne pour ses affaires ou pour son « plaisir, on ne nommera jamais propre curé le prêtre du lieu où est située l'habitation « rurale. Celui qui va vivre ainsi à la campagne n'y acquiert ni domicile, ni quasi- « domicile... La Sacrée Congrégation du concile [1]... a répondu : que *le curé rural n'est « pas le propre et vrai curé quand on va à la campagne pour s'amuser ou pour affaires ru- « rales, et par conséquent le mariage ne peut se célébrer valablement devant ce curé...*

« § 8. Si quelqu'un, sans quitter son domicile dans la ville ou le lieu qu'il habite, se « rend en un autre endroit, et s'y marie avant d'y avoir acquis un domicile ou un quasi- « domicile, ce mariage est tout à fait nul, car il s'y joint une fraude faite au propre « curé. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point [2]. »

Benoît XIV y joint deux décisions de la sacrée congrégation, qui ne sont pas moins formelles; la dernière est du 13 juillet 1725. La doctrine est donc constante sur ce point.

§ c. *L'abjuration de Mme Weber ne lui crée pas un domicile à Bordeaux.*

On opposera, dit-on, que Mme Weber s'est faite catholique à Bordeaux, et qu'ayant abjuré entre les mains de l'archevêque de Bordeaux, Mgr l'archevêque est devenu le propre curé de sa nouvelle pénitente. Cela est possible, mais l'abjuration ne crée point le domicile, et Mgr l'archevêque de Bordeaux peut avoir le droit d'entendre en con-

[1] C'est celle à qui les papes ont donné, par privilége exclusif, le droit d'expliquer le Concile de Trente; Benoît XIV en avait été le secrétaire. (*Institutio* XXXIII, n° 111.) *Bened. Opera.* Ed. de Prato, t. X, p. 142.

[2] *Institutio* XXXIII, nos VII et VIII, *Bened. Opera.*, t. X, p. 143 et 144. — Si quis rei familiaris aut rusticationis causa in agrum concedat, nunquam proprius parochus is nuncupari poterit, in cujus ditione rurale domicilium situm est. Qui enim ob eas causas ruri vitam degere constituit, nullam domicilii, seu quasi domicilii rationem consequitur... Sacra Congregatio (respondit)... parochum ruralem non esse proprium et verum parochum, quando rus itur causa recreationis, vel pro rusticanis negotiis, ideoque matrimonium valide coram hujusmodi parocho celebrari non posse.

VIII. Si quis domicilium suum minime relinquens, ex civitate vel oppido in quo degit, in alium locum proficiscatur, ibique matrimonium ineat quin antea domicilium sibi vel quasi domicilium comparaverit, illud omnino irritum, quia cum fraude in proprium parochum con-

Digitized by Google

fession Mme Weber, ou de lui administrer la communion, sans être pour cela le *proprius parochus* qui a droit de célébrer le mariage [1].

Le domicile exigé pour le mariage est exigé comme *condition de publicité*, et n'a rien à démêler avec l'état de la conscience. Si Mme Weber avait voulu se marier dans une église catholique sans abjurer, et si l'Eglise avait consenti à ce mariage (ce qui a lieu sous certaines conditions), il n'en eût pas moins fallu qu'elle se mariât devant le curé de son domicile; l'abjuration n'a pu rien changer à sa situation.

jungitur. Scriptores unanimes in hac re consentiunt. — Bailly, *Theologia moralis. De matrimonio*, p. 307.

[1] Denisart, *Décision nouvelle*, v° Mariage, n° 55. « Le mardi 21 août 1723, arrêt est intervenu en la Grand'Chambre, sur les conclusions de M. Gilbert de Voisins, par lequel le Parlement a déclaré nul le mariage contracté entre deux religionnaires domiciliés à Sedan, qui, n'ayant pu vaincre les difficultés que leur faisait le curé de leur paroisse, étaient allés le célébrer dans une église de Liége, *où ils avaient auparavant fait abjuration*.

« Ils étaient revenus aussitôt à Sedan, où ils avaient toujours vécu publiquement comme mari et femme, et en grande union avec les parents de part et d'autre.

« Cependant, le mari étant mort trente-deux ans après sans laisser d'enfants, une de ses sœurs, qui avait elle-même reconnu et approuvé le mariage par plusieurs lettres, en interjeta appel comme d'abus pour frustrer la veuve de la jouissance du don mutuel. L'arrêt n'eut aucun égard aux fins de non-recevoir résultantes de l'approbation de la sœur et du laps de trente-deux ans; elles ne purent militer contre l'abus qui se trouvait dans le mariage célébré hors de la présence du propre curé; *ce défaut étant un vice essentiel qui avait rendu la célébration nulle dans son principe, et que la plus longue prescription et la reconnaissance des parents n'avait pu couvrir*. » Voyez aussi dans Denisart, *h. t.*, les nos 47, 54, 78, 79.

Je trouve un exemple semblable dans les lettres de Richard Simon (édition d'Amsterdam, 1730, t. I, p. 89, Lettre vii). M. Justel, le savant calviniste, l'auteur de la *Bibliotheca Juris canonici veteris*, que Voel publia à Paris en 1661 (2 vol. in-fol.), épousa Mlle de Lorme, sa parente, avec une dispense du chancelier. Par un mépris extrême des ministres de Charenton, il alla se marier, sans leur en avoir rien communiqué, dans la chapelle de l'ambassadeur d'Angleterre. Calviniste, il se mariait chez les anglicans. M. Simon, à qui M. Justel fit aussitôt savoir son mariage, lui représenta que cette union était nulle, et qu'il n'était pas moins obligé que les catholiques de se marier *coram proprio parocho*. En effet, il fallut que Justel présentât une requête au lieutenant civil pour la réhabilitation de son mariage, et il fut ordonné que, conformément aux lois du royaume, il se marierait dans sa paroisse, qui était Charenton.

Digitized by Google

§ d. *Les dispenses de Mgr l'archevêque de Paris et de Mgr l'évêque de Versailles n'autorisaient point Mgr l'archevêque de Bordeaux à déléguer le mariage de M. Pescatore, et de plus ces dispenses étaient accordées dans la prévision d'un mariage régulier et non pas dans la prévision d'un mariage purement religieux.*

Si l'on renonce à soutenir que M. Pescatore et Mme Weber aient été les diocésains de Mgr l'archevêque de Bordeaux, on dira peut-être, comme une dernière défense, que Mgr l'achevêque de Paris et Mgr l'évêque de Versailles, tous les deux Ordinaires de M. Pescatore et de Mme Weber, ont autorisé leurs diocésains à se marier à Bordeaux, et que Mgr l'archevêque de Bordeaux a pu transmettre cette délégation au curé de Renteria.

Ce serait une erreur manifeste; celui-là seul peut déléguer un acte de juridiction, qui possède cette juridiction de son propre droit, et non par le bienfait d'autrui [1]. Le droit canon a emprunté en ce point les principes du droit romain : ***Mandatam sibi jurisdictionem mandare alteri neminem posse manifestum est*** [2].

« Que le délégué du curé compétent, dit Permaneder, ne puisse sub-« déléguer à un autre curé ou prêtre, si le *proprius parochus* n'a pas « donné sa permission à cet effet, cela se comprend de soi [3]. »

C'est là un principe commun à toutes les législations, et qui ne souffre point de discussion.

Quant au fait, il suffit de lire l'intitulé des dispenses accordées par Mgr l'archevêque de Paris pour voir qu'elles s'adressent : ***Dilecto pastori seu vicario ecclesiæ loci vulgo Beatæ Mariæ, in diocesi Burdigalensi,*** et qu'elles sont concédées en vertu d'une demande ou attestation de

[1] Is demum jurisdictionem mandare potest, qui eam suo jure non alieno beneficio habet. L. 5, D. *De jurisd.*

[2] L. 5, D. *De off. ejus cui mand.* Conf. Pothier, *Traité du mariage*, n° 260.

[3] Permaneder, *Kirchenrecht*, § 650. De la célébration de mariage. « Dass der vom compe-« tenten Pfarrer Delegirte nicht wieder einen anderen (Pfarrer oder sonstigen Priester) sub-« delegiren darf, wenn nicht schon der *proprius parochus* seine Erlaubniss auch hiezu gege-« ben hat, versteht sich von selbst. » Sanchez, Disp. XXX, c. IV, n° 9. Merlin, Répertoire, v° Bénédiction nuptiale. Conférences d'Angers, XV, p. 9.

Digitized by Google

Mgr l'archevêque de Bordeaux. L'intitulé des dispenses de Versailles n'est pas donné ; mais il doit être semblable à celui de Paris.

Une autre raison plus délicate s'opposerait encore à cette subdélégation ; c'est que le mandat donné au curé de Renteria par Mgr l'archevêque de Bordeaux n'est pas du tout celui qu'il a reçu de Mgr l'archevêque de Paris, et de Mgr l'évêque de Versailles.

Les dispenses accordées par Mgr l'archevêque de Paris, pour ne parler que de celles-là, sont faites sur un excellent modèle, et avec le respect de l'autorité civile ; elles n'autorisent Mgr l'archevêque de Bordeaux à célébrer le mariage en question que s'il n'y a ni empêchement religieux, ni empêchement civil [1]. Elles supposent donc l'existence d'un contrat civil ; elles respectent donc le Concordat et le Code, et, par conséquent, elles ne sont donc pas faites pour ce mariage de conscience qu'on va contracter clandestinement en Espagne, afin d'éluder la loi française.

Par la sage rédaction de leurs dispenses, Mgr l'archevêque de Paris et Mgr l'évêque de Versailles échappent complétement à la responsabilité du mariage en question. L'union de Renteria n'est pas le mariage qu'ils ont autorisé à Bordeaux ; et par cela même, cette union, faite sans autorisation valable et devant un prêtre étranger, est une union clandestine et nulle, suivant les prescriptions du Concile et la loi d'Espagne.

§ 5. *En supposant que Mgr l'archevêque de Bordeaux fût l'Ordinaire des parties, le mariage serait nul suivant le Concordat et les articles organiques, car Mgr l'archevêque de Bordeaux n'a pu déléguer au curé de Renteria un droit qui ne lui appartient pas en France, le droit de célébrer un mariage civil.*

Nous avons montré que la délégation faite par Mgr l'archevêque de Bordeaux était nulle, parce que Mgr l'archevêque n'était pas l'Ordinaire

[1] Dispenses de Paris : « Si nullum noveritis canonicum aut civile impedimentum... Volumus « ut præsens dispensatio nulla sit, si vel una e prædictis conditionibus desit. » — Dira-t-on que cette formule est de style, peu importe, puisque le style reproduit ici une doctrine constante, et rappelle des principes qu'on ne doit jamais méconnaître.

Digitized by Google

des parties ; mais supposons que cette qualité essentielle ne lui eût pas manqué, que M. Pescatore et Mme Weber eussent été tous deux ses diocésains, nous disons qu'en ce cas le mariage serait encore nul par défaut de pouvoir ; nul en Espagne, parce que la délégation serait incomplète ; nul en France, par violation manifeste d'un des grands principes du droit public ecclésiastique de notre pays.

Quel est le mariage qu'a célébré M. le curé de Renteria? Ce n'est pas un mariage espagnol, nous l'avons montré plus haut, puisque les deux parties étaient étrangères et n'ont jamais eu de domicile en Espagne ; c'est donc un mariage français. M. le curé de Renteria a agi par délégation. Supposons cette délégation régulière, quel en sera l'effet? Pothier va nous l'apprendre [1].

« Un prêtre qui a permission de l'évêque ou du curé des parties pour « célébrer leur mariage est très-compétent pour le célébrer. *Le mariage « étant célébré par la permission du curé ou de l'évêque, c'est comme « si le curé ou l'évêque l'eussent eux-mêmes célébré.* »

C'est donc Mgr l'archevêque de Bordeaux qui a marié les parties par le ministère du curé de Renteria. Maintenant, demandons-nous quel eût été l'effet de la bénédiction nuptiale, donnée à M. Pescatore et à Mme Weber par Mgr l'archevêque, en sa chapelle épiscopale de Bordeaux, sans qu'un mariage civil eût précédé la cérémonie.

La réponse est bien simple ; cette bénédiction n'eût pas même conféré le sacrement, car il n'y aurait pas eu de consentement *légitime*. L'acte eût été nul, car c'est un acte interdit par le Concordat et le Code Napoléon ; bien plus, c'est un délit prévu par le Concordat et puni par le Code pénal (art. 199-200).

Admettra-t-on que pour être exécuté par procuration et en pays étranger, un acte nul, d'une nullité d'ordre public, devienne valable, et que le délit cesse de l'autre côté de la frontière?

La désobéissance manifeste à la loi française, à la loi religieuse et politique, peut-elle engendrer un contrat légitime?

[1] *Traité du mariage*, nº 389.

Digitized by Google

Poser de pareilles questions, c'est les résoudre.

Mais, dira-t-on, 1° Mgr l'archevêque de Bordeaux, dispensateur du sacrement, a le droit de marier *in foro conscientiæ* les chrétiens qui lui demandent sa bénédiction. Ce sera un mariage que la loi française ne reconnaîtra pas, parce qu'il y manque le contrat civil, mais le sacrement n'en aura pas moins existé, et religieusement le mariage sera parfait.

2° Mgr l'archevêque de Bordeaux qui, en France, est dispensateur du sacrement, a donc pu charger le curé de Renteria d'administrer le sacrement, et comme en Espagne le sacrement et le contrat sont confondus, que le sacrement emporte le contrat, il a pu par conséquent légitimement, et sans manquer au respect de la loi française, il a pu faire en Espagne, par délégation, ce qui en France lui est interdit.

Voilà l'objection complète, et je crois n'avoir rien oublié.

Je réponds que cette prétention d'avoir un mariage religieux complet en soi et indépendant des lois civiles est une prétention vieille de plusieurs siècles, et qui, dès son origine, a été repoussée en France.

C'est la théorie ultramontaine, la théorie de Bellarmin qui met l'Église au-dessus et en dehors des lois civiles. Dans ce système, l'Eglise ne connaît que les canons qu'elle a faits, et par conséquent les évêques ne sont jamais assujettis par les lois du territoire où ils résident, alors même qu'ils ont prêté serment de les observer.

Le dernier mot de cette théorie c'est la domination de l'Etat par l'Eglise, comme au moyen âge, ou la séparation complète de l'Eglise et de l'Etat, comme aux Etats-Unis.

De ces deux systèmes, l'un a été rejeté par la France; l'autre, essayé un moment pendant la Révolution, a été détruit par le Concordat, à la grande joie de l'Eglise; et on en est revenu au système de Louis XIV, à l'alliance de l'Eglise et de l'Etat dans les matières mixtes, c'est-à-dire qui intéressent à la fois l'Eglise et la société.

Parmi ces matières mixtes, il n'en est pas dont le double intérêt

Digitized by Google

soit plus évident que le mariage, et dont le double caractère ait été plus souvent reconnu.

Jamais, par conséquent, nos Parlements, comme on l'a vu plus haut [1], jamais nos jurisconsultes n'ont admis la théorie d'un double mariage, l'un reconnu par le droit civil, l'autre par le droit naturel, mariage qui consisterait dans le simple consentement des parties et qui deviendrait sacrement par la bénédiction du prêtre; moyen ingénieux et trop aisé d'éluder les lois civiles et de s'en jouer impunément.

S'il n'existe point de mariage naturel, s'il n'y a qu'un mariage, celui qui est reconnu par nos lois et réglé par la puissance civile, il est évident que l'évêque n'a d'autres droits que ceux que lui confère ou lui reconnaît l'Etat, et quand ces droits ont été établis par un Concordat, par un traité fait avec l'Eglise et exécuté paisiblement depuis cinquante-cinq ans, il est impossible qu'un évêque français puisse aujourd'hui réclamer un privilége que le Concordat ne lui reconnaît pas.

Chaque pays a sa discipline; chaque pays catholique a défini avec le Pape, par le moyen de concordats, quelle serait l'étendue, quelles seraient les limites de l'autorité religieuse, surtout dans les matières mixtes; ces bornes posées par la sagesse de nos pères, nul particulier, quel que soit son caractère, n'a le droit de les déplacer.

Mgr l'archevêque de Bordeaux, prélat français, a le droit de bénir un mariage civilement contracté, il n'a pas le droit de faire contracter un mariage civil, non-seulement parce que le Code le lui défend, et qu'il doit l'exemple du respect aux lois de son pays, mais parce que les articles organiques le lui interdisent, et que ces articles organiques du Concordat sont la loi de la discipline, le droit canonique de France, auquel Mgr l'archevêque de Bordeaux est soumis en sa qualité de prélat et d'évêque français.

[1] Sup., partie I, § 5. Pothier, *Traité du mariage*, partie I, chap. III, nos 15-18. [Lorry], *Essai de dissertation ou Recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement*. Paris, 1760, p. 35.

Digitized by Google

Maintenant, pour que le curé de Renteria eût pu, comme mandataire, célébrer valablement un mariage français, quel pouvoir aurait-il fallu lui déléguer?

Évidemment un double pouvoir, puisqu'en France le mariage consiste en deux actes distincts.

Il eût donc fallu déléguer au curé de Renteria :

1° Le droit de célébrer un mariage civil;

2° Le droit de bénir cette union.

Peu importe que la loi espagnole réunisse les deux choses dans un même acte, comme le faisaient nos anciennes lois françaises, qui n'en distinguaient pas moins le contrat et le sacrement, les deux choses existent, et quand le curé de Renteria a marié M. Pescatore et Mme Weber, il a agi dans le double caractère que lui reconnaissent les lois espagnoles et le droit canon.

Or, n'est-il pas évident que lorsqu'il a agi par délégation, le caractère d'officier de l'état civil lui a manqué, et que si Mgr l'archevêque de Bordeaux (en le supposant *proprius parochus*) a pu charger le curé de Renteria de bénir l'union des parties, il n'a pu sans usurpation lui déléguer le contrat civil, qui est un attribut de la puissance séculière.

Ce mariage est donc nul, car le contrat manque, et, sans le contrat, il n'y a pas de sacrement.

Un évêque espagnol, dira-t-on, aurait pu cependant charger valablement M. le curé de Renteria de célébrer un pareil mariage; comment donc un évêque de France n'aurait-il pas le même droit?

La réponse est facile : c'est qu'un évêque espagnol eût été à la fois ministre du contrat et du sacrement; — ministre du contrat par permission de la puissance civile; — ministre du sacrement par le droit de sa fonction; mais en ce point du mariage, un évêque de France n'a pas les mêmes droits qu'un évêque espagnol, par la raison toute simple que la condition civile de mariage n'est pas la même dans les deux pays.

Il ne s'agit pas de savoir si cette distinction du contrat et du sacrement est ou non agréable à l'Eglise romaine, ni s'il y a un certain

Digitized by Google

nombre de théologiens et de canonistes ultramontains qui réprouvent cette doctrine[1]; une chose est certaine, c'est que la loi française a consacré cette distinction, que les articles organiques du Concordat interdisent à tout prêtre de donner la bénédiction nuptiale avant qu'il y ait un contrat civil; que les papes se sont résignés à accepter ce qu'ils ne pouvaient empêcher; que les canonistes ont fait comme les papes[2], et que, par conséquent, jusqu'à ce qu'on fasse un nouveau Concordat, comme en Autriche, il sera vrai de dire qu'un évêque français ne peut déléguer d'autre droit que celui de bénir un contrat valable, et qu'il ne peut dispenser un citoyen français de se marier devant le magistrat.

Autrement, quoi de plus bizarre que ce prétendu mariage, qui n'est ni espagnol ni français, et qui subsisterait ainsi entre deux législations qui, chacune séparément, le repoussent!

Ce n'est pas un mariage espagnol, puisque les parties n'ont jamais eu de domicile en Espagne.

Ce n'est point un mariage français, puisqu'il y manque le contrat civil.

Il faut réunir deux éléments incomplets pour en faire sortir un mariage qu'on prétend valable: deux nullités produisent un contrat.

Mgr l'archevêque de Bordeaux qui (à le supposer *proprius parochus*) n'a que le droit de bénir un contrat civil, autorise le curé de Renteria à bénir deux Français qui n'ont point contracté, et cette bénédiction déléguée change aussitôt de caractère, et confère à la fois le contrat et le sacrement.

Admettre une pareille union comme légitime serait donner un démenti à la législation de deux siècles, et ramener en triomphe le mariage clandestin. Il n'est pas possible que la puissance civile soit désarmée et que le Code Napoléon ne fournisse pas le moyen d'annuler de pareils engagements.

[1] Bailly, *Theologia moralis. De Matrimonio*, p. 255.

[2] Bailly, *loc. cit.* — *Utrum fideles in conscientia teneantur coram magistratu civili contrahere?* Il répond par l'affirmative, en disant que Benoît XIV et Pie VI ont déclaré que la loi qui exige le mariage civil ne contrarie pas les principes de la religion.

Digitized by Google

§ 6. *Suivant le Code civil, le mariage de M. Pescatore et de M^me^ Weber est nul comme étant clandestin et fait en fraude des lois françaises.*

Le Code Napoléon déclare (art. 170) que *le mariage en pays étranger, entre Français, sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article* 63 *et que* (art. 171) *dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de l'Empire, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile.*

Le principal objet de ces prescriptions a été d'empêcher les mariages clandestins; on a voulu qu'aucun mariage ne pût échapper à la publicité; et, comme le dit formellement le Code (art. 194), *que nul ne pût réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil* [1].

Aucune de ces prescriptions n'a été remplie par M. Pescatore ni par M^me^ Weber.

On dira que les publications sont une formalité très-intéressante, que la transcription est également une bonne chose, et que sans doute il eût mieux valu les faire, mais qu'enfin leur omission n'est pas une cause nécessaire de nullité, que plusieurs auteurs et quelques arrêts se sont prononcés dans ce sens;

Que, par conséquent, c'est là une question de fait laissée à l'appréciation des juges.

On peut voir dans Demolombe [2] un exposé complet des différentes théories auxquelles a donné lieu l'article 170, et toutes les opinions y trouveront des armes.

J'estime cependant que si on avait étudié de plus près la tradition, on eût mieux compris le Code et reconnu que l'article 170, com-

[1] Comp. les paroles de Portalis dans son rapport sur le mariage. V. *supra*, partie I, § 7, *in fine*. Fenet; t. IX, p. 572.

[2] Cours du Code civil, t. III, p. 223 et suiv.

Digitized by Google

biné avec l'article 191, est dirigé directement contre les mariages clandestins, et que le législateur a voulu prononcer la nullité des unions où l'on a sciemment omis des formalités d'ordre public.

L'exposé de l'ancienne législation et la lettre officiellement adressée à l'Empereur par Portalis, ministre des cultes, ne peuvent laisser aucun doute sur l'intention du Code; on a voulu, en maintenant l'ancienne sévérité, couper court aux mariages clandestins. Les articles 170 et 191 sont faits précisément pour frapper ceux qui vont à l'étranger, afin d'éviter de contracter devant l'officier de leur domicile, et de rester maîtres des preuves de leur union.

Défaut de bans, mariage à l'étranger ou loin du vrai domicile, ce sont les deux caractères de la clandestinité, dans le nouveau droit comme dans l'ancien.

Il n'est pas douteux que dans notre ancienne jurisprudence, l'omission, l'absence des bans n'était pas toujours une nullité absolue; c'était une présomption de clandestinité. Mais quand à l'omission des bans se joignait un mariage contracté à l'étranger ou devant un autre ministre que le propre curé, alors il y avait clandestinité avouée et fraude faite à la loi; par conséquent, nullité. Et c'est le cas que, selon nous, prévoient les articles 170 et 191.

Voici à ce sujet ce que dit Pothier [1] :

« Le Concile de Trente a renouvelé l'ordonnance du concile de Latran [sur les bans]. L'ordonnance de Blois a donné force à cet usage. Elle porte, art. 40 : « *Pour obvier* « *aux abus qui adviennent des mariages clandestins*, avons ordonné que nos sujets ne « pourront valablement contracter mariage sans proclamations précédentes de bans, « faites par trois divers jours de fête, avec intervalle compétent. »

« Quoiqu'il semblerait par ces termes, « *ne pourront* valablement *contracter mariage*, » que le défaut de publication des bans devrait rendre le mariage nul, néanmoins, comme c'est principalement pour obvier à la clandestinité des mariages que l'ordonnance requiert cette formalité, suivant qu'elle s'en exprime en l'article ci-dessus rapporté, on ne serait pas reçu à attaquer par le défaut de cette formalité un mariage *dont la publicité ne serait pas contestée et qui ne serait pas accusé de clandestinité*. C'est ce qu'enseignent d'Héricourt, en ses *Lois ecclésiastiques*, chap. *du Mariage*, art. 1er, n° 21, et plusieurs autres auteurs... »

[1] *Traité du mariage*, n° 69.

Digitized by Google

« *Mais lorsqu'un mariage est accusé de clandestinité, si la publicité n'est pas bien prou-*
« *vée, le défaut de publication de bans est d'un grand poids pour le faire déclarer clandes-*
« *tin et le faire en conséquence priver des effets civils.* »

Quant au mariage à l'étranger, Pothier n'est pas moins formel [1] :

« Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la nullité du mariage célébré hors
« de la présence et sans le consentement du curé des parties [2] a lieu quand même le
« mariage aurait été célébré en pays étranger par des Français, lorsqu'il paraît que
« c'est en fraude de la loi qu'ils y sont allés.

« En vain diraient-ils que la forme des contrats se règle par les lois du lieu où ils se
« passent ; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étranger, ils
« n'ont pas été obligés d'observer les lois prescrites en France pour la forme de leur
« mariage. La réponse est que la célébration du mariage en face d'Eglise par le propre
« curé n'est pas une pure forme d'acte ; c'est une obligation que nos lois imposent aux
« parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes ne
« peuvent se soustraire en allant en fraude se marier dans un pays étranger. »

Quel moyen existe-t-il aujourd'hui pour prouver qu'on n'a pas été se marier en fraude à l'étranger? Les publications et la transcription, surtout les publications qui font connaître le projet de mariage à tous ceux qui peuvent y contredire. Leur omission volontaire est donc une preuve de fraude, et, par conséquent, une raison de nullité.

Il faut bien s'imaginer que dès que la loi civile s'est montrée sévère, on a cherché des moyens de l'éluder, et sous le règne de Louis XIV, on voit des Français aller se marier à l'étranger, ou dans ce qu'on nommait les diocèses étrangers (Artois, Flandre, Alsace), pays où était reçu le Concile de Trente, où la loi française n'avait pas encore pénétré. Un arrêt du Conseil du 13 décembre 1681, qui contient une ordonnance du roi, rétablit les vrais principes, et montre une fois de plus toute la vigilance de Louis XIV [3].

[1] *Traité du mariage*, n° 363.

[2] On dirait aujourd'hui l'*officier de l'état civil compétent.*

[3] *Recueil des Édits, Déclarations, Ordonnances et Règlements concernant les mariages.* Paris, 1724, p. 191.

Digitized by Google

Arrêt du Conseil portant défense à tous curés et prêtres, même à ceux dont les paroisses sont situées dans les diocèses étrangers, de célébrer aucuns mariages entre les sujets de Sa Majesté, si ce n'est en observant ce qui est prescrit par les règles de l'Eglise et les ordonnances du royaume.

« Sur l'avis donné au Roi en son Conseil, que, bien que, suivant les règles de l'Eglise, « les mariages ne puissent être valablement célébrés qu'en présence du propre curé « de la paroisse de l'une des parties contractantes..., néanmoins sur les frontières du « royaume, et particulièrement dans les terres de l'obéissance de Sa Majesté qui sont « des diocèses étrangers, il se fait plusieurs mariages par les prêtres et curés desdits « diocèses entre gens de condition inégale..., sans observer les règles prescrites par « l'Eglise ; qu'ainsi les conjoints vivant sous la foi d'un sacrement qui n'en a que les « apparences, lesdits mariages étant nuls, il s'ensuit plusieurs désordres dans les fa- « milles.

« Et Sa Majesté voulant les faire cesser par son autorité et faire jouir ses peuples « d'une tranquillité parfaite, Sa Majesté, étant en son conseil, défend à tous curés et « prêtres demeurant ès terres de son obéissance, même à ceux dont les paroisses qu'ils « desservent sont situées dans des diocèses étrangers, de célébrer aucuns mariages... « si ce n'est en observant ce qui est prescrit par les règles de l'Eglise et les ordon- « nances du royaume, à peine d'être punis... suivant les ordonnances.

« *Deffend aussi Sa Majesté à tous ses sujets de s'aller marier hors des terres de son obéis- « sance, qu'après y avoir demeuré le temps qui y est requis pour pouvoir être réputés pa- « roissiens*, à peine contre les contrevenants d'être punis d'amende arbitraire. »

On vient de voir comment parle Louis XIV, et comment Pothier frappe de nullité les mariages clandestins contractés à l'étranger en fraude des lois et sans publication de bans ; cet arrêt, cette doctrine, ce sont les origines même du Code civil. Voici maintenant comment, le 26 janvier 1807, s'explique, sur la même question, un des auteurs du Code, le rapporteur du titre du mariage, le rédacteur du Concordat, le ministre des cultes, Portalis. Assurément, si quelqu'un a la pensée du Code, en ce point des mariages, c'est Portalis.

Qu'on écoute le commentaire officiel qu'il donne de l'article 170. J'imagine que si cette pièce, publiée pour la première fois en 1845, avait été mieux connue, les commentateurs auraient interprété l'article 170 plus sévèrement qu'ils ne le font d'ordinaire.

Digitized by Google

LETTRE A L'EMPEREUR SUR LES MARIAGES EN PAYS ÉTRANGER [1].

26 Janvier 1807.

« SIRE,

« J'ai été instruit d'un abus qui s'était glissé dans le département du Haut-Rhin sur « le fait des mariages. Ce département est sur les frontières de l'empire. *Des personnes « qui sont bien aises de secouer le joug de nos lois civiles passent pour quelques heures sur « la rive droite du Rhin et s'y marient en fraude de nos lois.* DE PAREILS MARIAGES SONT ES- « SENTIELLEMENT NULS; *ils compromettent l'état des époux et celui des enfants; ils menacent « la sûreté des familles.*

« Les lois du bon voisinage exigent que dans les Etats alliés de la France on ne re- « çoive pas légèrement des Français qui viennent en fraude des lois de leur patrie con- « tracter des unions que ces lois ne peuvent avouer.

« Plusieurs faits m'ont été dénoncés, et ces faits ont été attestés par M. le ministre « de la police générale et par M. le préfet du Haut-Rhin. De prétendus époux, dont « l'union n'avait pu être approuvée par les officiers civils de leur commune, se sont « transportés subitement sur la commune étrangère la plus voisine, et y ont trouvé « des magistrats et des curés assez complaisants ou assez peu éclairés pour recevoir « leurs contrats sans aucune espèce de formes.

« J'ai écrit à M. le procureur général impérial relativement aux faits particuliers « dont on m'avait donné connaissance. *Le devoir de ce fonctionnaire est, d'après le Code « civil* [2], *d'ordonner la séparation des époux qui se sont unis en fraude de nos lois.*

« Mais j'ai cru qu'il fallait aller à la source du mal; en conséquence, j'ai écrit à « M. le ministre des relations extérieures pour qu'il puisse prendre les ordres de Votre « Majesté, et se faire autoriser par elle à demander que les princes voisins et alliés de « la France prissent des mesures contre la complaisance de leurs officiers, en prohibant « à ces officiers *civils* ou *ecclésiastiques* de recevoir aucun mariage de Français *sans « qu'il leur conste de l'observation des formes prescrites par les lois de France.*

« *Sans doute, la forme extérieure des actes doit être régie par les lois du lieu où on les « passe; mais tout ce qui concerne la capacité de la personne doit être régi par les lois du « lieu où la personne est domiciliée. Ainsi toutes les lois françaises* sur l'âge auquel on « peut contracter mariage, sur la nécessité du consentement des pères et mères, sur « les prohibitions entre parents, SUR LES PUBLICATIONS DES BANS, *suivent la personne par- « tout, et l'obligent partout,* A PEINE DE NULLITÉ; *il importe donc que l'on ne puisse faire « fraude à ces lois par des mariages contractés en pays étrangers.* »

Cette pièce, qui émane d'un ministre des cultes, a, suivant moi, toute la valeur d'une interprétation authentique, si, comme il paraît probable, l'Empereur l'a approuvée, ce dont on pourrait s'assurer à la secrétairerie d'Etat. N'y eût-il pas eu d'approbation offi-

[1] *Discours, Rapports*, etc., *sur le Concordat*, p. 373.

[2] Art. 191. Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent, peut être attaqué... par le ministère public.

Digitized by Google

cielle, ce n'en serait pas moins une pièce d'un prix unique; car c'est le Code expliqué par l'homme qui, en France, a eu le plus de part à la législation civile et religieuse du mariage; et, après avoir lu cette consultation sortie d'une bouche aussi autorisée, il devient évident :

1° Qu'un mariage contracté à l'étranger, quand on n'y a pas de domicile, et qu'on n'a pas fait en France les publications requises par les articles 170 et 191, est un mariage frauduleux et clandestin;

2° Que le défaut de publications et de transcription est une preuve de la fraude, et que, par conséquent, le défaut de publications en pareil cas est un vice de clandestinité que rien ne peut couvrir, une nullité d'ordre public [1].

C'est Portalis l'ancien, le magistrat par excellence, qui condamne et annule le mariage de M. Pescatore et de M^me^ Weber.

Du reste, un arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1837 nous paraît avoir parfaitement établi les vrais principes.

« Attendu, dit l'arrêt, que l'on ne peut pas interpréter l'art. 170 du Code sur les mariages contractés à l'étranger par les dispositions du même Code relatives aux mariages célébrés en France; que si ces derniers peuvent être déclarés valables lorsqu'il n'y a eu ni publications, ni actes respectueux, c'est parce que la loi trouve sa sanction dans les peines qu'elle prononce contre les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration; tandis que pour les mariages contractés à l'étranger, comme les mêmes dispositions pénales ne pourraient atteindre les officiers publics, la loi n'avait d'autre moyen de donner une sanction à ses prescriptions qu'en frappant le mariage lui-même d'invalidité ; que, *s'il en était autrement, il suffirait à des Français de passer à l'étranger pour affranchir leur mariage de toutes les conditions imposées par les lois françaises, et pour, en s'abstenant des publications et des actes respectueux exigés, se soustraire, soit aux oppositions des tiers, soit à l'autorité de la puissance paternelle* [2]. » (Ajoutez qu'on ferait ainsi des mariages clandestins qu'on romprait à son gré, le jour où on n'aurait plus d'intérêt à en soutenir la validité).

La lettre de Portalis prouve combien cet arrêt avait saisi la vraie pensée du législateur.

[1] Fœlix, *Mariages contractés en pays étranger*, § 6; *Revue étrangère et française de législation*, t. VIII, p. 443, note 3. Demante, *Cours analytique du Code civil*, t. I, 274 *bis*.

[2] Cité par Fœlix, *Revue étrangère*, t. VIII, p. 445.

Digitized by Google

§ 7. *Peut-on couvrir la nullité d'un mariage clandestin en opposant 1° la possession d'état; 2° la reconnaissance des adversaires?*

Un mariage clandestin est nul de nullité absolue; et, en effet, d'une part, c'est la violation d'une des lois les plus importantes pour la société, de l'autre, comme il n'y a pas eu de consentement légitime, il n'y a pas eu de mariage, et le temps ne peut confirmer ce qui n'a jamais existé [1].

« La nullité des mariages célébrés par un prêtre incompétent, dit Pothier [2], n'est pas « de la classe de celles qu'on appelle relatives, qui n'ont lieu que lorsque la partie s'en « plaint..., elle est de la classe de celles qu'on nomme *nullités absolues*, et elle ne peut « se purger ni se couvrir que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à- « dire une nouvelle célébration faite par le curé, ou avec sa permission ou celle de « l'évêque.

« Il n'importe que les personnes qui se sont mariées hors de la présence et sans le « consentement de leur propre curé soient majeures ou mineures, enfants de famille « ou usantes de leurs droits, nos lois, qui déclarent nuls ces mariages, n'ayant fait au- « cune distinction. »

Portalis n'est pas moins formel, comme nous l'avons vu [3]. *La plus grave des nullités* est pour lui *celle qui dérive de ce qu'un mariage n'a pas été célébré publiquement et en présence de l'officier civil compétent.* Cette nullité, qui donne action à tous ceux qui y ont intérêt, et au ministère public, gardien naturel de l'ordre et des lois, *cette nullité ne peut être couverte par la possession, ni par aucun acte exprès ou tacite de la volonté des parties. Il n'y a pas mariage, mais commerce illicite entre des personnes qui n'ont point formé leur engagement en présence de l'officier civil compétent, témoin nécessaire du contrat.* Portalis ajoute que, suivant le Code, le défaut de présence de l'officier civil compétent a les mêmes effets qu'avait autrefois le défaut de présence du propre curé. *Le mariage*, dit-il, *était radicalement nul; il n'offrait qu'un*

[1] Pothier, *Traité du mariage*, VI[e] partie, chap. I[er], n[os] 444, et 451. Denisart, v° Mariage, n. 55, cité *supra*, p. 44, note 1; Demolombe, *Cours de Code civil*, t. III, n. 315.

[2] *Traité du mariage*, partie IV, chap. I, n° 362.

[3] *Sup.*, part. I, § 7, p. 33. Fenet, t. IX, p. 182.

Digitized by Google

attentat aux droits de la société et une infraction manifeste des lois de l'Etat.

Opposera-t-on que les héritiers de M. Pescatore ont reconnu le mariage, et que par leurs lettres ou par leurs actions ils ont si bien accepté cette union qu'aujourd'hui ils ne sont plus recevables à l'attaquer?

Mais d'abord, parmi les légataires universels de M. Pescatore, se trouvent des mineurs, les enfants de Pierre Pescatore, mort en 1844. Aucune espèce de reconnaissance n'a pu venir de ce côté.

Ensuite il est aisé de répondre que tant que M. Pescatore a vécu, ses héritiers, sans intérêt et sans droit pour critiquer le mariage, n'ont pas eu à l'examiner. L'objection aurait quelque poids s'il s'agissait d'un mariage secret; en ce cas, la conduite des héritiers pourrait prouver la notoriété du mariage; mais le mariage clandestin est un mariage vicieusement contracté, qui peut très-bien n'être pas secret, et les héritiers de M. Pescatore ont pu croire à la bonté de cette union sans s'être dépouillés par cela du droit de l'attaquer le jour où ils y ont un intérêt et où le vice de clandestinité leur est connu.

L'ancienne jurisprudence avait du reste tranché cette question, qui ne présente pas grande difficulté. Voici ce que dit Pothier [1] :

« Lorsque les circonstances rendent le mariage susceptible d'être attaqué par les « parents collatéraux de l'une des parties, on ne peut leur opposer comme fin de non- « recevoir qu'ils ont paru donner quelques signes d'approbation de son mariage. Par « exemple, la veuve à qui ils forment contestation sur la validité de son mariage ne « peut pas les y prétendre non-recevables, sur le prétexte que du vivant de leur pa- « rent, elle a reçu d'eux des lettres, par lesquelles ils la traitaient de leur *cousine*.

« L'approbation donnée à un acte ne rend non-recevable à l'attaquer que lorsqu'elle « a été donnée dans un temps où le droit de l'attaquer était ouvert; on est censé en ce « cas renoncer à son droit; mais en ce cas-ci les parents collatéraux n'ayant eu aucun « droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage de leur parent de son vivant, les « signes d'approbation qu'ils paraissent y avoir donné ne peuvent opérer contre eux « aucune fin de non-recevoir pour l'attaquer après sa mort. C'est ce que nous appre- « nons du plaidoyer de M. Lenain, avocat général, sur les conclusions duquel fut rendu « un arrêt du 1er août 1707, qui n'eut aucun égard à ces fins de non-recevoir. L'arrêt « est rapporté au sixième tome du *Journal des audiences*[2]. »

[1] *Traité du mariage.* Partie VI, ch. I, n° 448.

[2] Voyez d'autres arrêts rapportés par Denisart, v° Mariage, n° 70, 82.

Digitized by Google

Aujourd'hui la chose n'est plus contestable, car ce n'est plus seulement la jurisprudence qui reconnaît le droit des collatéraux, c'est le Code même (art. 187) qui déclare que les collatéraux peuvent intenter l'action en nullité, mais seulement après qu'un des époux est mort, et *lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel.* On ne peut pas supposer une renonciation à un droit qui n'était pas ouvert, et qui pouvait ne jamais exister [1].

§ 8. *En supposant le mariage nul, la bonne foi des parties ne peut-elle pas lui donner des effets civils?*

Il est trop évident que le mariage Pescatore est un mariage clandestin pour qu'il ne soit pas très-malaisé d'en soutenir la validité. N'est-il pas visible, en effet, que ce mariage, fait en contravention de la loi française, n'a pas eu de publicité légale, et qu'il dépendait des prétendus époux de le faire subsister ou de l'anéantir? Supposons l'accord des deux parties pour se séparer, et se marier chacun de son côté, qui aurait su ce qui s'était passé à Renteria? Et si l'on avait trouvé les pièces de ce simulacre de mariage, qui empêchait M. Pescatore et M^me^ Weber de déclarer qu'ils n'avaient voulu célébrer qu'un mariage de conscience? Devant cette affirmation, quel tribunal, quel officier de l'état civil aurait vu dans le certificat du curé de Renteria autre chose qu'un papier sans valeur. Il dépendait donc des parties d'être mariées ou libres, et de se jouer ainsi des droits des tiers. Leur mariage était donc dans leurs mains. C'est là le cachet et le vice des unions clandestines; et voilà ce qui explique la juste sévérité des lois.

Il est donc probable qu'on défendra faiblement cet acte illusoire; mais on se retranchera derrière la bonne foi des prétendus époux, et l'on fera bon marché du mariage et de sa légitimité, pourvu qu'on en sauve les effets civils et qu'on obtienne la communauté.

C'est sur l'article 204 du Code Napoléon qu'on s'appuyera, article

[1] Portalis, *Rapport sur le titre du mariage.* Fenet, t. IX, p. 170. Demolombe, t. III, n. 106.

Digitized by Google

qui établit que *le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.*

Il y a ici deux questions distinctes et que nous traiterons séparément : une question de droit, et une question de fait. Nous verrons d'abord ce que la loi entend par *bonne foi,* et nous chercherons ensuite si cette bonne foi existe en fait. Nous croyons qu'il est aisé de démontrer que dans un mariage contracté clandestinement à l'étranger :

1° En droit, l'exception de bonne foi n'est pas admissible;

Et 2° qu'à supposer que cette exception fût admissible, la bonne foi n'existe point dans l'espèce, ni du côté de M. Pescatore, ni du côté de M^me^ Weber.

§ a. *En droit, l'exception de bonne foi n'est pas admissible quand il s'agit d'un mariage clandestin.*

En frappant le mariage clandestin d'une nullité d'ordre public et en reconnaissant les effets civils au mariage contracté de bonne foi, le législateur n'a pas voulu sans doute détruire d'une main ce qu'il établissait de l'autre; car s'il suffit d'alléguer la bonne foi, quel mariage clandestin ne serait pas valide ou du moins n'obtiendrait pas tous les effets civils?

La bonne foi est sans doute chose respectable quand elle existe, mais il y a aussi un autre principe non moins considérable, qui dit que *nul n'est censé ignorer la loi,* et il est clair que ces deux principes régissent tous deux le mariage. Comment les concilier? Comment les limiter l'un par l'autre?

Comment empêcher qu'au nom de la bonne foi on ne paralyse la loi? et, d'un autre côté, comment respecter une erreur excusable et ne pas donner à un principe juste une portée trop grande et qui le dénaturerait?

Nos anciens jurisconsultes s'étaient occupés de cette question, et il y a six siècles qu'ils l'avaient déjà résolue par un tempérament équitable,

Digitized by Google

tempérament adopté par les rédacteurs du Code Napoléon, et qui condamne les prétentions de M^me^ Weber.

Ecoutons Portalis : aussi bien, c'est toujours à lui qu'il en faut revenir, car il possède l'esprit de l'ancienne jurisprudence non moins que celui du Code Napoléon.

« Quoique régulièrement le seul mariage légitime et véritable puisse faire de véri-
« tables époux et produire des enfants légitimes, cependant, par un effet de la faveur
« des enfants et par la considération de la bonne foi des époux, *il a été reçu par équité*
« *que s'il y avait quelque empêchement caché qui rendît ensuite le mariage nul, les époux,*
« *s'ils avaient ignoré cet empêchement*, et les enfants nés de cette union, conserveraient
« toujours le nom et les prérogatives d'époux et d'enfants légitimes, parce que les uns
« se sont unis et les autres sont nés *sous le voile, sous l'ombre, sous l'apparence du ma-*
« *riage.*

« De là cette maxime commune, que le mariage putatif, pour nous servir de l'ex-
« pression des jurisconsultes, c'est-à-dire celui que les conjoints ont cru légitime, a le
« même effet pour assurer l'état des époux et des enfants qu'un mariage véritablement
« légitime : *maxime originairement introduite par le droit canonique, depuis longtemps*
« *adoptée dans nos mœurs, et aujourd'hui consacrée par le projet de loi* [1]. »

Ainsi, suivant Portalis, écho de la tradition, la bonne foi consiste *à ignorer quelque empêchement caché, qui rend ensuite le mariage nul,* et c'est là un principe tout à fait équitable. J'épouse une femme déjà mariée, mais qui a dissimulé sa première union, et qui, profitant de ce que j'ignore l'existence d'un premier époux, s'est présentée à moi comme étant libre, voilà un *empêchement caché* que je ne pouvais pas connaître : le retour du premier mari annule la seconde union, mais il est juste d'en respecter les effets civils. Supposons encore que j'épouse une femme morte civilement, ou qui, en se mariant sous un nom qui n'est pas le sien, a dissimulé ainsi l'existence de son père ; en ces deux cas ma bonne foi est probable ; il est juste que je ne souffre pas d'une ignorance peut-être insurmontable, et certainement involontaire ; la loi me prend donc sous sa protection.

Mais il faut bien remarquer qu'en tous ces exemples, qu'il serait aisé de multiplier, l'Etat doit être d'autant plus indulgent pour mon er-

[1] Portalis, *Rapport sur le titre du mariage.* Fenet. IX, p. 174.

Digitized by Google

reur qu'il l'a en quelque façon partagée et autorisée. Je me suis marié publiquement, devant l'officier civil compétent, j'ai rempli toutes les conditions voulues par la loi pour assurer la sincérité et la légitimité des mariages. La foi publique n'existe pas si elle n'est pas attachée à un pareil engagement [1]. En est-il de même si j'ai commencé par me soustraire à toutes les formes établies? Ce que le juge doit protéger, est-ce, non plus l'ignorance d'un fait caché, mais l'ignorance et la violation de la loi?

Savoir si ma fiancée a déjà été mariée, si elle a encore son père, si elle jouit de tous ses droits civils, c'est chose souvent difficile et quelquefois impossible, mais savoir quelle est la loi est toujours chose aisée, surtout quand il s'agit d'un acte aussi solennel et aussi fréquent que le mariage.

On voit donc que dans les deux cas la question n'est pas la même, et que l'ignorance prétendue de la loi ne peut pas se mettre sur la même ligne que l'ignorance d'un empêchement caché. La dernière seule constitue la bonne foi.

Cette distinction si naturelle a toujours existé. Portalis nous dit que c'est le droit canonique qui a introduit l'exception de bonne foi. Nous allons voir qu'Innocent III, le pape législateur, a limité cette exception dans la loi même qui l'établit.

Innocent III, au Concile général de Latran (an 1216).

« En nous attachant aux traces de nos prédécesseurs, nous défen-
« dons les mariages clandestins, et de plus nous défendons qu'aucun
« prêtre ose y assister...

« Mais si quelqu'un ose contracter un pareil mariage clandestin, et
« se marie au degré prohibé, même en l'ignorant, les enfants nés de
« ce mariage seront tenus pour illégitimes, et l'ignorance de leurs
« parents ne leur servira de rien; car ces parents, en contractant de

[1] Voyez le discours de M. l'avocat général d'Ormesson dans l'affaire Cyrano. Nouveau Denisart, v° Bonne foi des contractants, § 4, t. III, p. 621.

Digitized by Google

« la sorte, ou paraissent avoir connu l'empêchement, ou sont cou-
« pables d'une *ignorance affectée* [1]. »

Comment cette sage distinction avait-elle été reçue par notre ancienne jurisprudence, Coquille va nous l'apprendre [2].

« Il faut pour être réputé vray mariage pour les droits civils, que le mariage soit cé-
« lébré au lieu où se dit la messe paroissiale, et en grande, pleine et entière assemblée
« des chrétiens, et après bans proclamés. Ainsi le tient Marian Socin le jeune, mon pré-
« cepteur (Consil. 31 et 86, vol. II) et allègue Panormitanus (in cap. *ex fenore*. Ex. *Qui*
« *filii sint legitimi*). Et Du Moulin, en l'annotation sur la coutume d'Angoumois, ar-
« ticle 40 [3]. Et selon le droit canonique, quand le mariage a été fait clandestinement
« sans proclamation de bans, ou autre part qu'en lieu public, la bonne foi et la juste
« ignorance que l'un des mariés peut avoir de l'empêchement qui serait au mariage
« (comme si l'un est marié ailleurs, ou est lié par vœu, ou est parent ou allié au degré
« prohibé) ne sert et ne relève de rien, et n'empêche que le mariage ne soit illégitime
« (cap. *Cum inhibitio*. Ex. *De clandestin. despons.*). Mais quand le mariage a été solennelle-
« ment fait, la bonne foi et l'ignorance de l'un des mariés fait que les enfants sont lé-
« gitimes. »

Toute notre ancienne jurisprudence a marché dans cette voie. Loin d'admettre qu'un mariage clandestin puisse être contracté de bonne foi, on a toujours soutenu que ceux qui ne s'étaient pas mariés solennellement ne pouvaient même pas faire valoir leur ignorance d'un empêchement caché. « *On n'est en bonne foi aux yeux de la loi*, disent

[1] Decret. Greg., lib. IV, tit. III. *De clandestina desponsatione*, cap. III. *Cum inhibitio...* Unde prædecessorum nostrorum vestigiis inhærendo, clandestina conjugia penitus inhibemus, prohibentes etiam ne quis sacerdos talibus interesse præsumat.....

§ 1. Si quis vere hujusmodi clandestina conjugia inire præsumpserit, in gradu prohibito, etiam ignoranter, soboles de tali conjunctione suscepta prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantia nullum habitura subsidium, cum illi taliter contrahendo non expertes scientiæ, vel saltem affectatores ignorantiæ, videantur.

[2] Cout. de Nivernais, chap. XXIII. *Des droits appartenant à gens mariés*, art. 1er. Œuvres complètes, Bordeaux, 1703, t. II, p. 211.

[3] C'était aussi l'opinion de Cujas. « C'est une bonne conséquence, dit M. Cujas, pour juger
« de la bonne foi des contractants dans les mariages, quand ils sont publics (cap. II et IX, *Qui*
« *filii sint legitimi*), et il est vraisemblable, dit ce docteur, que le mari et la femme ont ignoré
« l'empêchement qui pouvait être entre eux ; ils ne se seraient pas exposés légèrement aux
« cérémonies du mariage s'ils l'avaient su ; *mais quand les mariages sont clandestins, la*
« *présomption est qu'il y a de la mauvaise foi.* » Michel Duperrey, *Traité des dispenses de*
« *mariage*, Paris, 1716, p. 127.

Digitized by Google

« les auteurs du Nouveau Denizart[1], *qu'autant qu'on a fait tout ce « qu'elle prescrivait pour faire un acte légitime.* » Et d'Aguesseau, dans l'affaire Fiorelli[2], répétait que « *la loi récompense l'innocence telle « qu'elle se trouve dans celui qui contracte de bonne foi,* PAR ERREUR DE « FAIT, *un mariage défendu.* » Jamais nos anciens jurisconsultes n'ont donné des effets civils à la violation de la loi; c'est à l'erreur de fait accompagnée du respect de la loi qu'ils ont attribué les priviléges de la bonne foi[3].

La définition qu'ils donnent du mariage putatif suppose toujours la solennité de la célébration : *Matrimonium putativum est quod bona fide, et solenniter, saltem opinione conjugis unius justa, contractum inter personas jungi vetitas consistit.*

C'est la définition qu'en donnait Hertius, célèbre professeur de droit en Allemagne, dans une dissertation très-importante sur le mariage putatif[4], et cette définition avait été universellement adoptée. On la retrouve chez les jurisconsultes espagnols.

« Pour que la bonne foi soit parfaite, dit Escriche[5], il est néces- « saire : 1° que *les époux aient célébré leur mariage avec les solennités « prescrites;* 2° qu'ils aient ignoré les vices qui le rendaient nul; 3° que « cette ignorance soit excusable. »

[1] Tome III, v° BONNE FOI DES CONTRACTANTS, p. 613. « Il faut que l'erreur de celui qui allè- « gue la bonne foi soit excusable, qu'il ait pu se tromper, et que la loi souffre la cause de son « erreur. Ainsi, supposé que les conjoints n'aient pas pris toutes les mesures que la loi leur « indiquait pour être instruits des empêchements qui pouvaient s'opposer à leur union, ce « ne sera pas le cas d'alléguer la bonne foi. Par exemple, un mariage est contracté sans publi- « cation de bans; on découvre qu'un des conjoints était, à l'époque de son mariage, engagé « dans un autre mariage subsistant. Ce n'est pas le cas d'admettre l'allégation de la bonne « foi du conjoint qui était libre. Les tribunaux n'excuseraient pas l'erreur dans laquelle on « serait tombé parce qu'on n'aurait pas pris tous les moyens que la loi indiquait pour l'éviter. »

[2] D'Aguesseau, *Œuvres complètes*, t. IV.

[3] V. Julien, *Eléments de jurisprudence*. « Les enfants ne peuvent être rendus légitimes par « la bonne foi d'un des conjoints, si le mariage n'a pas été fait publiquement et avec les solen- « nités requises. » Aix, 1785, p. 35; d'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, part. III, ch. v, art. 1, n. 39; De Cormis, *Consultations*, t. I, col. 1175, ch. 35.

[4] J. D. Hertius, *De Matrimonio putativo*, Giessen, 1690, in-4°; et Francfort, 1737, 2 vol. in-4°.

[5] *Diccionario*, v° MATRIMONIO PUTATIVO.

Digitized by Google

Les auteurs modernes se sont prononcés dans le même sens. Quelle que soit leur plus ou leur moins de sévérité sur les conditions de la bonne foi, ils exceptent toujours la clandestinité, et demandent que pour invoquer le bénéfice d'ignorance, le mariage quoique nul ne manque pas cependant des conditions essentielles à son existence[1]. *C'est le mariage contracté de bonne foi,* dit Demolombe, *qui peut produire les effets civils, donc il faut qu'il y ait au moins un mariage tel quel, une célébration enfin quelle qu'elle soit, et c'est par ce motif que j'adopterais l'arrêt de la Cour de Bourges, qui a décidé que l'union célébrée devant un prêtre ne pouvait pas être considérée aux yeux de la loi civile comme un mariage putatif.* (17 mars 1830. Saxy c. Lespinasse; Dalloz, 1830, II, 215[2].)

Cet arrêt, qui fait une juste application du principe, tranche la question. Personne en France ne prétendrait qu'un simulacre d'union célébré devant un prêtre constituerait un mariage, et cependant, dans l'espèce, il faut aller jusque-là, et soutenir qu'en pareil cas, si le mariage n'est pas valide, au moins la bonne foi est évidente, ce qui ouvrira la porte à tous ceux qui veulent se jouer de la loi. En effet, dès que la bonne foi suffit, on ne voit pas pourquoi le mariage accompli devant un prêtre français par délégation d'un archevêque serait moins excusable que le mariage de Renteria, accompli devant un prêtre espagnol.

Qu'on donne de pareils priviléges à la bonne foi prétendue, et bientôt il suffira de la bénédiction d'un prêtre pour attribuer tous les effets civils à une union clandestine. Est-ce là ce que le Code Napoléon a voulu?

[1] Zachariæ, § 125 (édition Massé et Vergé, t. I, p. 199). Merlin, *Légitimité*, sect. 1, § 1.
[2] Demolombe, *Cours de Code civ.*, III, 354.

Digitized by Google

§ b. *A supposer que l'exception de bonne foi fût admissible, il est manifeste que dans l'espèce la bonne foi n'existe pas.*

Quand on connaît de quelle façon clandestine se sont unis M. Pescatore et Mme Weber, il n'y a pas, je crois, besoin de longues réflexions pour comprendre qu'ils ont parfaitement su ce qu'ils faisaient, et que s'ils ont été se marier en Espagne, c'est qu'ils ne voulaient pas se marier devant l'officier de l'Etat civil : c'est précisément le genre de fraude qu'atteint la loi.

Il ne faudrait pas, du reste, prendre ce mot de fraude dans un sens défavorable pour M. Pescatore, ou supposer que les héritiers de M. Pescatore manquent au respect qu'ils doivent à leur oncle. Suivant toute apparence, M. Pescatore n'a pas voulu violer les lois françaises; il a voulu simplement faire un mariage de conscience, un mariage sans effets civils, mais qui apaisât certains scrupules religieux. Si telle a été son intention, et c'est ce que semble prouver le testament, où il dispose seul de toute la fortune qu'il a seul acquise, ce ne seraient pas les héritiers de M. Pescatore qui manqueraient à sa mémoire, mais ceux qui, par intérêt, prêtent à M. Pescatore une intention qu'il n'a jamais eue.

Mais si l'on prétend que M. Pescatore a voulu contracter un vrai mariage produisant des effets civils, je réponds que la lettre qu'il a écrite à son frère Antoine prouve clairement que s'il a été se marier en Espagne, c'est qu'il n'a pas voulu remplir les conditions de publicité exigées par le Code, et que, par conséquent, son union est un mariage clandestin et fait en fraude de la loi.

La bonne foi de Mme Weber n'est pas plus soutenable que celle de M. Pescatore. Dans ce projet commun, il est impossible de supposer que Mme Weber ait été tenue dans l'ignorance des lois françaises, et qu'elle n'ait pas su qu'il existait en France un mariage civil, et certaines conditions de publicité. La preuve du contraire résulte de la demande même adressée à Mgr l'archevêque de Paris, et dans laquelle Mme Weber, agissant seule, sollicite une dispense pour se marier à

Digitized by Google

Bordeaux. Si elle voulait se marier à Bordeaux, elle n'ignorait certainement pas qu'elle devait se présenter à l'officier de l'état civil, et si plus tard elle a été se marier en Espagne, c'est, ou qu'elle n'a voulu faire qu'un mariage de conscience, ou qu'elle a voulu éluder la loi française. Dans les deux cas, il n'y a point de bonne foi.

L'absence de contrat entre deux personnes de fortune aussi inégale prouve encore l'intention où était M. Pescatore de ne contracter qu'un mariage religieux, sans effets civils, et il est difficile d'admettre que Mme Weber n'ait pas été tenue au courant de cette intention. M. Pescatore est mort convaincu qu'il était resté seul maître de toute sa fortune, comme l'atteste son testament, et les libéralités qu'il y fait à Mme Weber. Si en menant Mme Weber à Renteria, il avait voulu l'enrichir tout à coup, et lui donner la moitié de ses grands biens, il est singulier qu'il ne reste pas trace de cette générosité, et il est fort malaisé d'admettre qu'en suivant M. Pescatore en Espagne, Mme Weber ait eu d'autre volonté que celle de l'homme à qui elle devait tout.

Remarquons enfin que si par impossible on admettait l'exception de bonne foi, ce serait à Mme Weber à en faire la preuve. Nos jurisconsultes les moins défavorables à la nullité des mariages distinguent tous entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Suivant eux, la première se présume, mais l'erreur de droit ne se présume pas : *Nemo jus ignorare censetur*[1]. On ne peut pas prouver que quelqu'un n'ignore pas la loi, quand tout le monde est obligé de la connaître.

Ajoutez que c'est ici ou jamais le cas d'appliquer un des principes les plus sages du droit romain, qui admet bien l'ignorance du droit pour sauver d'une perte, mais non pas pour procurer un bénéfice. *Juris ignorantia*, dit Papinien, *non prodest adquirere volentibus*; ... *Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, juris autem error nec feminis in compendiis prodest*[2]. Dans l'espèce, cette erreur de droit s'est traduite en une violation d'une loi patente et connue

[1] Marcadé, sur l'art. 201 et la note.
[2] L. 7 et 8, *De juris et facti ignorantia*, D. XXII, 6.

Digitized by Google

de tous; le mariage de Renteria est une de ces unions que le ministère public peut faire casser d'office dans l'intérêt de l'ordre public et pour maintenir le respect dû aux lois. On s'expliquerait difficilement qu'à moins de preuves invincibles, on transformât la fraude en un acte innocent, et qu'on en fît sortir un bénéfice et un droit.

C'est ainsi que tout nous ramène à la juste sévérité de nos pères, et qu'en finissant il nous faut répéter avec Portalis ces paroles solennelles qui se représentent à chaque phase de cette malheureuse affaire, tout entachée de nullité, toute pleine de périls pour l'avenir : « Ou il faut « renoncer à toute législation sur les mariages, ou il faut proscrire la « clandestinité. »

EN RÉSUMÉ

1° Si le mariage Pescatore est un mariage espagnol, il est nul comme n'ayant pas été fait suivant les prescriptions du Concile, puisque les parties n'ont jamais eu de domicile en Espagne, et que M. le curé de Renteria n'était pas leur *proprius parochus*.

2° La délégation de Mgr l'archevêque de Bordeaux est sans valeur, parce que Mgr l'archevêque n'était l'Ordinaire ni de M. Pescatore ni de Mme Weber, et que la délégation de Mgr l'archevêque de Paris ne pouvait être subdéléguée.

3° Suivant les articles organiques du Concordat, le prêtre n'étant que le dispensateur du sacrement, Mgr l'archevêque de Bordeaux n'a pu déléguer à un prêtre espagnol le droit de célébrer un mariage (qui est un mariage français), et cette délégation est sans valeur.

4° Suivant le Code civil, le mariage en question est clandestin et fait en fraude des lois françaises, doublement nul par conséquent.

5° Cette nullité essentielle et d'ordre public ne peut se couvrir par la possession d'État, ni par la prétendue reconnaissance des adversaires.

Digitized by Google

6° En droit, et quand on allègue l'ignorance de la loi, la bonne foi n'est pas admissible; en fait, la bonne foi n'existe pas.

Une dernière réflexion. La question qui s'agite dans ce procès est d'une gravité extrême et ne touche pas seulement les parties en cause. L'importance même des intérêts engagés n'est rien auprès du principe qui est en jeu dans cette affaire solennelle. On a vu les efforts de Louis XIV pour déraciner le mariage clandestin, cette plaie de notre ancienne société; on a vu comment les plus grands noms de notre magistrature, les Lamoignon, les Bignon, les Talon, les d'Aguesseau, les Pothier, ont rivalisé de courage et de talent pour revendiquer les droits imprescriptibles de l'État, sécullariser la législation, et contenir le clergé dans la limite de ses fonctions légitimes. Le Concordat et le Code ont été le couronnement de cette œuvre patriotique; Portalis, dépositaire de la tradition, est le digne héritier de nos anciens magistrats. Les familles françaises ont dû à ce régime plus de cinquante années d'une tranquillité sans exemple; va-t-on, par oubli du passé, renoncer à ces avantages si laborieusement conquis, ranimer des prétentions éteintes depuis deux siècles, et livrer, sans les défendre, le Code Napoléon et le Concordat?

Voilà, dans toute sa grandeur, la question que les magistrats sont appelés à résoudre. Il n'y en a pas qui soit plus digne de leur vigilance et de leur intérêt.

ÉDOUARD LABOULAYE,
Ancien avocat à la Cour impériale de Paris,
Professeur de législation comparée au Collége de France,
Membre de l'Institut.

Digitized by Google

TABLE.

FAITS . . . . . Page 5
Définition du mariage clandestin. 6
Division de la consultation. 7

PREMIÈRE PARTIE.

HISTOIRE DE LA LÉGISLATION DES MARIAGES CLANDESTINS EN FRANCE ET EN ESPAGNE.

INTRODUCTION. 9
§ 1. Inconvénients des mariages clandestins. 10
§ 2. Législation du mariage en Occident, depuis les premiers siècles de l'Eglise jusqu'au Concile de Trente. 11
§ *a*. Législation des Romains. . . . . *ib.*
§ *b*. Législation du moyen âge. 12
§ *c*. Législation française du treizième au seizième siècle. 13
§ *d*. Législation espagnole du treizième au seizième siècle. 15
§ 3. Concile de Trente. 18
§ 4. Législation française du mariage depuis le Concile de Trente jusqu'au Concordat et au Code civil. 21
§ 5. Des maximes des Parlements, des canonistes et des jurisconsultes français sur la distinction du contrat et du sacrement. 24
§ 6. Législation du mariage suivant le Concordat de 1801. 29
§ 7. Législation du mariage suivant le Code Napoléon. 33
§ 8. Des lois espagnoles sur le mariage, depuis le Concile de Trente jusqu'à nos jours. 34

DEUXIÈME PARTIE.

EXAMEN DES QUESTIONS QUE SOULÈVE LE MARIAGE PESCATORE.

§ 1. Le mariage Pescatore est-il un mariage espagnol ou un mariage français?. 37
§ 2. Si c'est un mariage espagnol, il est nul par défaut de publications et d'assistance du propre curé. 38
§ 3. La délégation de Mgr l'archevêque de Bordeaux peut-elle valider un mariage espagnol? *ib.*

Digitized by Google

§ 4. La délégation est sans valeur, car Mgr l'archevêque de Bordeaux n'était pas l'Ordinaire des parties. . . . . Page 39
§ *a*. Des conditions du domicile. . . . . *ib*.
§ *b*. M. Pescatore n'avait pas de domicile dans le diocèse de Bordeaux. . . 42
§ *c*. L'abjuration de Mme Weber ne lui crée pas un domicile. 43
§ *d*. Les dispenses de Paris ne pouvaient être subdéléguées. 45
§ 5. En supposant que Mgr l'archevêque de Bordeaux fût l'Ordinaire des parties, le mariage serait nul *suivant les articles organiques du Concordat*, Mgr l'archevêque de Bordeaux n'ayant pu déléguer au curé de Renteria le droit de célébrer un mariage civil. 46
§ 6. Suivant le Code Napoléon, le mariage est nul comme clandestin et fait en fraude des lois françaises. 51
§ 7. Cette nullité absolue ne peut être couverte ni par la possession d'Etat, ni par la prétendue reconnaissance des adversaires. 58
§ 8. La bonne foi ne peut donner des effets civils au mariage clandestin. 60
§ *a*. En droit, l'exception de bonne foi n'est pas admissible. 61
§ *b*. En fait, la bonne foi n'existe pas. 67

TYPOGRAPHIE MEUNIER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

Digitized by Google

CONCLUSIONS MOTIVÉES

ADDITIONNELLES.

Digitized by Google

Digitized by Google

CONCLUSIONS MOTIVÉES ADDITIONNELLES

POUR

1° M. **Guillaume-Bonaventure PESCATORE,** propriétaire, demeurant à Luxembourg ;

2° Madame **Elisabeth PESCATORE,** épouse de M. **Joseph-Auguste DUTREUX**, receveur-général du grand-duché de Luxembourg;

3° Madame **Marie-Marguerite-Suzanne PESCATORE**, épouse de M. **Paul-Frédéric-Auguste-François de SCHERFF**, administrateur général des travaux publics du grand-duché de Luxembourg;

4° M. **Constantin-Joseph-Antoine PESCATORE**, propriétaire, ancien négociant à Luxembourg, tuteur de mademoiselle Marie-Madeleine dite Émilie PESCATORE ;

5° Madame **Marguerite-Séraphine BEVING,** veuve de M. **Pierre-Antoine PESCATORE**, tutrice de M. Marie-Antoine-Dominique PESCATORE, demeurant à Luxembourg;

6° Madame **Marguerite - Angélique PESCATORE**, épouse de M. **François-Charles MUNCHEN**, avocat-avoué à Luxembourg ;

7° Madame **Marie-Barbe-Julie PESCATORE**, épouse de M. **Sigisbert-Léon LAMORT**, fabricant de papiers à Seiningen, près Luxembourg;

8° Madame **Wilhelmine PESCATORE**, épouse de M. **Alphonse NOTHOMB,** ministre de la justice de Belgique ;

9° Madame **Marie-Séraphine PESCATORE**, épouse de M. **Jean-Antoine-Marie-Alexis POULMAIRE**, demeurant à Steinsel, canton de Luxembourg ;

Héritiers et légataires universels de M. Jean-Pierre Pescatore, leur oncle et grand-oncle,

Défendeurs. PÉRONNE.

CONTRE

Madame **Anne-Catherine WEBER.**

Demanderesse LAPERCHE.

Digitized by Google

Plaise au Tribunal :

I.

Sur la première question : M. Pescatore et madame Weber en allant à Renteria demander à un prêtre espagnol la bénédiction nuptiale, ont-ils voulu contracter un mariage purement religieux, de nature à donner satisfaction à des scrupules de conscience, mais ne devant produire aucun effet civil et surtout ne devant pas créer une communauté de biens?

Attendu que tous les faits antérieurs à la cérémonie religieuse de Renteria établissent, et qu'au besoin une enquête démontrera : que M. Pescatore, voulant éviter la publicité indispensable pour la validité d'un mariage civil, et se préoccupant des conséquences qu'un mariage civil eût entraînées et qui eussent affecté sa situation commerciale et les intérêts de sa famille, s'est constamment refusé à contracter un mariage de cette nature ;

Que s'il eût voulu donner à son union avec madame Weber tous les effets civils, rien ne l'empêchait de se marier en France ; que son voyage à Renteria ne peut s'expliquer que par la volonté d'accomplir une union purement religieuse que la loi française ne lui permettait pas de contracter en France ;

Que cette volonté est demontrée surabondamment par les termes de la lettre adressée le 28 octobre 1851 à l'évêque de Pampelune par le cardinal-archevêque de Bordeaux, lettre dans laquelle le prélat français annonce à l'évêque espagnol qu'il lui adresse M. Pes-

Digitized by Google

catore « qui voudrait ne s'unir que religieusement à une personne « habitant avec lui depuis plusieurs années ; »

Attendu que madame Weber ne pouvait ignorer l'intention de M. Pescatore, sa volonté bien arrêtée de ne pas souscrire à un mariage civil, et ce fait qu'en consentant à un mariage purement religieux M. Pescatore était arrivé à la dernière limite des concessions qu'il voulait faire ;

Qu'en effet, les circonstances révélées par la plaidoirie présentée au Tribunal dans l'intérêt de madame Weber, établissent : que l'initiative du mariage est venue de ladite dame et qu'elle a rencontré chez M. Pescatore une résistance telle que pour la vaincre elle s'est crue obligée de recourir à une tentative de suicide plus ou moins sérieuse.

Qu'en outre, il a été également reconnu au cours des débats, qu'antérieurement au mois d'octobre 1851, madame Weber avait eu avec le cardinal-archevêque de Bordeaux plusieurs conférences ; que ces conférences lui avaient ouvert les yeux sur sa situation, et qu'enfin l'acte religieux de Renteria, destiné à mettre un terme à cette situation irrégulière, est le résultat des conseils et des efforts du vénérable prélat ;

Qu'il n'est pas possible d'admettre, sans manquer au respect dû au caractère dont est revêtu Mgr de Bordeaux et sans s'écarter de toute vraisemblance, que l'un des membres les plus éminents du clergé français ait pu conseiller à la pénitente qu'il ramenait dans le sein de l'Eglise un acte qui, s'il n'était pas une simple satisfaction donnée à la conscience, devenait une violation flagrante de la loi ;

Attendu que les faits qui ont suivi la cérémonie religieuse de Ren-

Digitized by Google

teria démontrent également que M. Pescatore n'avait voulu contracter qu'un mariage purement religieux ;

Qu'en effet, M. Pescatore, à son retour en France, a fait transcrire son acte de mariage sur le registre de la paroisse de la Celle Saint-Cloud ; qu'il n'a pas fait accomplir la transcription du même acte sur les registres de l'état civil des communes dans lesquelles il avait une résidence ;

Que cependant M. Pescatore, maire de la commune de la Celle Saint-Cloud depuis 1852, pouvait facilement, sans aucune publicité, faire transcrire sur les registres de l'état civil de cette commune, son acte de mariage, s'il eût voulu assurer à ce mariage des effets civils ;

Attendu que madame Weber, pas plus que M. Pescatore, n'avait eu la volonté de contracter à Renteria un mariage pouvant avoir en France des effets civils ;

Que ce fait est démontré par les efforts tentés par ladite dame et ses amis dans le cours de la dernière maladie de M. Pescatore pour arriver à un mariage civil *in extremis*, projet que la mort de M. Pescatore ne permit pas de poursuivre, mais qui exclut toute idée de mariage civil contracté à Renteria ;

Attendu que ni M. Pescatore ni madame Weber n'avaient eu la volonté de contracter à Renteria un mariage de nature à créer entre eux une communauté légale de biens ;

Attendu qu'on ne saurait admettre que M. Pescatore, homme habitué aux affaires, négociant exact, ayant la plus grande partie de sa fortune engagée dans sa maison de commerce, s'il eût voulu contracter un mariage produisant des effets civils quant aux biens, se fût marié sous le régime de la communauté légale ;

Que le don de 210,000 fr. fait par M. Pescatore à madame Weber

Digitized by Google

en 1852, les dispositions du testament et des codicilles de 1853, les termes de ce testament et de ces codicilles, aussi bien que les dispositions du testament de 1855, le nom de « madame Weber, » intentionnellement donné dans le testament de 1853, par le testateur, à celle qui réclame aujourd'hui les avantages attachés par la loi au titre d'épouse légitime, excluent toute idée de communauté résultant de la bénédiction nuptiale du 8 novembre 1851;

Attendu que madame Weber, en insistant, au lit de mort de M. Pescatore, pour obtenir de lui qu'il augmentât les avantages à elle faits par le testament de 1853, et en s'écriant pour vaincre sa résistance : « J'irai donc vivre dans une mansarde, » a reconnu elle-même qu'elle n'avait aucun droit à la communauté qu'elle réclame aujourd'hui;

Attendu que cet ensemble de faits, qui ne sauraient être mis en doute, démontre jusqu'à l'évidence que la cérémonie religieuse accomplie à Renteria le 8 novembre 1851, dans l'intention de M. Pescatore et de madame Weber, dans leur pensée constante, n'était qu'une union religieuse et n'avait aucun des caractères d'un mariage civil apte à produire en France des effets civils et à créer une communauté de biens.

II.

Sur la deuxième question : En admettant contre toute évidence que M. Pescatore et madame Weber aient eu la volonté de contracter un mariage civil, le mariage contracté le 8 novembre 1851 dans la chambre du curé de Renteria est-il valable aux yeux de la loi française ?

Attendu que les articles 170 et 171 du Code Napoléon exigent,

Digitized by Google

pour la validité des mariages contractés en pays étranger entre Français ou entre Français et étrangers, la réunion de trois conditions :

1° L'observation des formes usitées dans le pays où le mariage a été contracté;

2° L'accomplissement préalable en France des publications prescrites par l'article 63 du Code Napoléon;

3° La transcription de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil français;

Attendu, en outre, que l'article 191 frappe d'une nullité radicale tout mariage entaché de clandestinité.

1° *Quant à l'observation des formes usitées dans le pays où le mariage a été contracté* :

Attendu qu'en Espagne le mariage est régi par les décrets du concile de Trente;

Attendu qu'aux termes dudit concile le mariage ne peut être célébré que par le propre curé ou par un prêtre ayant licence soit du propre curé, soit de l'ordinaire des époux;

Attendu que le curé de Renteria n'était pas le propre curé des époux; qu'il ne l'était pas devenu par la permission que lui avait donnée l'évêque de Pampelune, celui-ci n'étant pas l'ordinaire des parties;

Qu'à la vérité le curé de Renteria avait reçu une délégation du cardinal-archevêque de Bordeaux pour procéder au mariage de M. Pescatore et de madame Weber;

Qu'il s'agit donc d'apprécier la validité de cette délégation;

Attendu, en premier lieu, qu'en vertu de la règle *locus regit actum*, cette délégation donnée en France par un prélat français ne peut

Digitized by Google

être valable qu'autant qu'elle ne déroge pas aux maximes fondamentales du droit public et du droit ecclésiastique français;

Qu'à ce point de vue, d'une part, il était interdit à l'archevêque de Bordeaux de procéder soit directement, soit par l'intermédiaire d'un prêtre autorisé de lui à un mariage religieux non précédé du mariage civil; et, d'autre part, l'archevêque de Bordeaux était absolument incompétent pour procéder ou faire procéder à un mariage civil;

Attendu, en deuxième lieu, que, même en faisant abstraction de ces principes incontestables et en se plaçant au point de vue purement canonique, la délégation serait encore nulle;

Attendu, en effet, que l'archevêque de Bordeaux n'était l'ordinaire ni de M. Pescatore ni de madame Weber;

Qu'aux termes du droit canonique, la compétence en matière de mariage est réglée uniquement par le domicile;

Que le propre curé et l'ordinaire des époux sont le curé et l'évêque dans la paroisse ou dans le diocèse desquels les époux ont leur domicile;

Attendu que si les habitations que M. Pescatore et madame Weber avaient à Paris et à la Celle Saint-Cloud présentent les caractères exigés par la loi canonique pour constituer le domicile relativement au mariage, il n'en est pas de même pour le domaine de Giscours dans le diocèse de Bordeaux, où M. Pescatore et madame Weber faisaient chaque année un séjour momentané;

Qu'en effet, le droit canonique exige, pour constituer le domicile relativement au mariage, soit une résidence de six mois, si les époux ont changé de paroisse sans changer de diocèse, et une résidence d'une année si les époux ont changé de diocèse, soit l'*animus perpe-*

Digitized by Google

tuo manendi, ou l'*animus manendi per majorem anni partem* joints à l'abandon de l'ancienne paroisse sans esprit de retour;

Que tel n'était pas le caractère de la résidence que M. Pescatore et madame Weber avaient faite à Giscours avant le mariage de Renteria;

De telle sorte qu'en faisant abstraction de toutes les lois françaises, et en ne se préoccupant que du droit canonique, le mariage de M. Pescatore et de madame Weber, s'il n'était pas célébré par le curé de Notre-Dame-de-Lorette, ou par le curé de la Celle Saint-Cloud, ne pouvait être célébré valablement qu'en vertu d'une délégation de l'archevêque de Paris ou de l'évêque de Versailles.

Attendu que la délégation ne se présume pas, qu'elle doit être expresse, qu'elle ne saurait résulter d'une dispense de publications de bans, et qu'on ne peut y suppléer par un acte postérieur quelconque;

Attendu, en fait, qu'aucune délégation émanée de l'ordinaire des époux n'a été donnée à l'archevêque de Bordeaux;

Que l'acte émané de l'évêché de Versailles ne contient qu'une dispense de publications de bans; qu'en examinant l'acte émané de l'archevêché de Paris on voit que cet acte a été obtenu sur un exposé de faits inexact; que l'archevêque de Paris, dans la conviction que l'un des deux époux résidait dans le diocèse de Bordeaux et devait se marier dans ce diocèse, s'est borné à permettre le mariage de son paroissien dans le diocèse de l'autre époux, mais qu'il n'a donné aucune délégation;

Que cette délégation, eût-elle existé, n'eût pas autorisé l'archevêque de Bordeaux à déléguer le curé de Renteria, car il est de principe en droit canon que le délégué ne peut subdéléguer;

Digitized by Google

Attendu qu'on ne saurait soutenir que l'abjuration de madame Weber entre les mains du cardinal-archevêque de Bordeaux ait donné à celui-ci le caractère de propre curé ou d'ordinaire de ladite dame ; que cette proposition est formellement repoussée par tous les canonistes ;

Qu'il n'existe aux règles que nous venons de rappeler qu'une seule exception concernant les vagabonds ; qu'à coup sûr cette exception ne saurait être applicable notamment à M. Pescatore ou à madame Weber, la loi canonique ayant consacré de la manière la plus nette la distinction, entre l'étranger *peregrinus*, et le vagabond, *vagus*, et n'ayant établi de dérogation à la règle qu'à l'égard du second ;

Attendu, en outre, que les décrets du Concile de Trente ont frappé de nullité absolue les mariages clandestins ;

Que tous les caractères auxquels le droit canonique reconnaît la clandestinité : défaut de publicité, célébration du mariage par un officier religieux incompétent, accomplissement de la cérémonie religieuse hors de l'église et loin des yeux des fidèles, se retrouvent et se reconnaissent dans le mariage du 8 novembre 1851 ;

Que par tous ces motifs il est de toute évidence que les formes exigées par la loi espagnole en matière de mariage n'ont pas été observées, et que, par conséquent, la première, et, de l'aveu même des adversaires, la plus essentielle des conditions exigées par la loi française pour la validité des mariages contractés en pays étranger n'a pas été remplie.

Digitized by Google

2° *Quant à l'accomplissement préalable en France des publications prescrites par l'art. 63 du Code Napoléon :*

Attendu que le mariage célébré le 8 novembre 1851 à Renteria n'a été précédé en France d'aucune publication ;

Attendu que de la rédaction de l'art. 170 du Code Napoléon ressort la preuve que la loi a fait de l'accomplissement des publications une condition essentielle de la validité du mariage contracté en pays étranger ;

Attendu d'ailleurs qu'il est bien évident que les dispositions de l'art. 170 ont eu en vue les Français résidant en pays étranger et n'ont pu être introduites dans le Code en faveur des Français qui ne passeraient la frontière que pour éluder les lois de leur pays ;

Que si l'on n'a pas toujours considéré l'absence de publications en France comme entraînant la nullité du mariage contracté en pays étranger, la doctrine et la jurisprudence ont unanimement proclamé que la nullité doit être prononcée, s'il ressort des circonstances de fait que le défaut de publications et la célébration du mariage en pays étranger n'ont eu d'autre but que de violer ou d'éluder la loi française.

3° *Quant à la transcription de l'acte de mariage sur le registre de l'état civil* (art 171) :

Attendu que M. Pescatore et madame Weber n'ont pas fait transcrire leur acte de mariage sur les registres de l'état civil français ;

Que cette circonstance, si elle n'est pas de nature par elle-même à entraîner la nullité du mariage, acquiert une grande importance lorsqu'il s'agit de rechercher la clandestinité.

Digitized by Google

Quant à la clandestinité :

Attendu que de tout temps la législation française s'est attachée à proscrire les mariages clandestins ;

Attendu que les dispositions de l'article 191 du Code Napoléon se sont proposé le même objet et ont fait de la publicité la condition essentielle de tout mariage contracté par tout Français ;

Attendu qu'il appartient aux tribunaux d'examiner les circonstances dans lesquelles le mariage s'est accompli pour rechercher s'il a été satisfait aux obligations imposées par la loi (arrêt de la Cour de Cassation du 28 mars 1854);

Attendu que les caractères auxquels se reconnaît la clandestinité sont : l'absence de publications, le défaut de célébration publique, la célébration devant un officier incompétent, le défaut de transcription sur les registres de l'état civil, en un mot UN ENSEMBLE *de circonstances excluant la publicité*;

Attendu, en fait, que tous ces caractères se retrouvent dans le mariage du 8 novembre 1851 ; que les circonstances de fait qui ont précédé, accompagné et suivi le mariage, le profond secret gardé sur le projet d'union, le voyage à Renteria, le mystère qui a entouré ce voyage, la célébration du mariage dans une chambre particulière, le choix des témoins, le silence gardé au retour sur les faits qui venaient de s'accomplir, la situation de la dame Weber dans la maison de M. Pescatore restant ce qu'elle était auparavant, se réunissent pour établir que le défaut de publicité était le résultat de la volonté réfléchie des parties, et que M. Pescatore et madame Weber n'avaient eu d'autre but que de se soustraire ouvertement et à dessein aux obliga-

Digitized by Google

tions imposées par la loi, et de faire impunément à l'étranger ce qu'il eût été impossible de faire en France.

III.

Sur la troisième question, le mariage étant entaché de nullité, ce vice serait il aujourd'hui couvert : 1° soit par des reconnaissances émanées des légataires universels ; 2° soit par la possession d'état qu'aurait eue la demanderesse ?

1° Quant aux prétendues reconnaissances émanées des légataires universels :

Attendu qu'il est de principe que la reconnaissance ne peut produire d'effet que du jour où l'intérêt est né ;

Que dans l'espèce, l'intérêt des défendeurs n'a commencé que du jour où ils ont connu par l'ouverture du testament leur qualité de légataires universels ;

Que les deux seules lettres adressées à madame Weber depuis le décès de M. Pescatore et que l'on invoque pour constituer une reconnaissance du mariage sont antérieures à l'ouverture du testament ;

Attendu d'ailleurs que ces lettres émanent, l'une de madame Poulmaire, qui n'est pas légataire universelle, mais simplement légataire à titre universel d'un usufruit ; l'autre de M. Munchen qui n'est pas un des légataires, mais le mari d'une des légataires ;

Que ce n'est donc pas sérieusement que l'on cherche à trouver dans ces deux lettres une fin de non-recevoir contre les moyens développés au nom des défendeurs ;

2° Quant à la possession d'état :

Attendu en droit que la possession d'état ne saurait être invoquée, puisque si l'on considère le mariage de Renteria comme un mariage

Digitized by Google

régi par le droit espagnol, il a été célébré par un prêtre incompétent, et si on le considère comme un mariage régi par le droit français, il n'a pas été célébré publiquement en présence de l'officier public compétent;

Attendu qu'il est de principe qu'un pareil mariage est nul, de nullité absolue, et ne saurait être couvert par aucune possession d'état;

Attendu d'ailleurs que madame Weber ne saurait invoquer aucun des faits qui constituent la possession d'état, qu'il est établi au contraire que sa situation dans la maison de M. Pescatore est restée au lendemain de la bénédiction nuptiale de Renteria ce qu'elle était auparavant.

IV.

Sur la quatrième question, en admettant la nullité du mariage du 8 novembre 1851, madame Weber peut-elle invoquer sa bonne foi pour faire produire audit mariage des effets civils à son profit?

En droit : — Attendu que l'erreur invoquée par l'un des époux pour établir sa bonne foi ne peut porter que sur des circonstances de fait, telles que, par exemple, des empêchements dirimants qu'il aurait ignorés, mais ne saurait être tirée d'une ignorance prétendue de la loi;

Attendu que la bonne foi ne se présume pas chez celui qui enfreint la disposition de la loi (Merlin), et que l'on n'est de bonne foi aux yeux de la loi qu'autant qu'on a fait tout ce qu'elle prescrivait pour faire un acte légitime (nouveau Denisart);

Que ces principes tirés de l'ancien droit canonique (concile de Latran, *Clandestina desponsatione*), admis par notre ancienne législation civile, sont passés dans notre droit actuel;

Digitized by Google

Qu'il est indispensable pour l'existence du mariage putatif que les formalités essentielles aient été observées ;

Que, sans l'accomplissement de cette condition, les époux n'ont pu croire qu'ils contractaient une union légale, attendu que la clandestinité exclut nécessairement la bonne foi ;

Que d'ailleurs un mariage entaché de clandestinité ne peut produire aucun effet, et que rien ne saurait couvrir ce vice radical ;

Qu'il n'y a pas à proprement parler mariage, puisqu'il n'y a pas eu de consentement légitime, et que ni le temps, ni la bonne foi ne peuvent confirmer ce qui n'a jamais existé.

En fait : — Attendu que madame Weber n'est pas plus fondée en fait qu'en droit à prétendre qu'elle ignorait la loi française ;

Qu'il est impossible d'admettre que cette dame fixée en France depuis de longues années, ayant vu marier à Paris en 1850 une de ses sœurs, ayant elle-même été sur le point de contracter à Strasbourg un mariage qui n'a été rompu qu'après l'accomplissement des publications légales, n'ait pas su qu'il existait en France un mariage civil et certaines conditions de publicité ;

Qu'il est également inadmissible que le cardinal-archevêque de Bordeaux, qui a préparé le mariage religieux du 8 novembre 1851, et qui avant cette date avait souvent conféré avec la dame Weber, ait laissé ignorer à cette dame le véritable motif pour lequel un mariage de cette sorte ne pouvait être célébré qu'à l'étranger ;

Attendu qu'en prétendant qu'elle a été trompée et est restée dans l'erreur sur les conséquences légales de l'acte religieux de Renteria, madame Weber accuserait l'homme dont elle revendique la fortune

Digitized by Google

et le nom, de s'être rendu coupable à son égard de simulation et de fraude et lui donnerait pour complice monseigneur de Bordeaux ;

Attendu que lors même que cette accusation odieuse ne serait pas repoussée par la vie tout entière de M. Pescatore et par le caractère du vénérable archevêque de Bordeaux, elle tomberait encore devant ce fait, qu'il est impossible de trouver l'intérêt qui aurait porté M. Pescatore à commettre la fraude qu'on lui impute;

Attendu d'ailleurs qu'en 1851, madame Weber n'était pas vis-à-vis de M. Pescatore une femme que son inexpérience laissait désarmée et n'était pas en France une étrangère sans défense ; attendu qu'elle avait déjà de nombreux amis dont le dévouement lui était assuré, qui l'assistaient de leurs conseils et de leurs lumières, et qui étaient parfaitement en état de l'éclairer sur la nature, la portée, la conséquence de l'acte qu'elle allait contracter à Renteria ;

Attendu que tous ces faits et ceux que nous avons signalés plus haut, tels que la tentative faite pour arriver à un mariage *in extremis* et l'insistance pour obtenir le testament du 8 décembre 1855, excluent toute bonne foi dans le sens légal de ce mot.

V.

Attendu du reste que toutes les questions de validité du mariage, au point de vue canonique aussi bien qu'au point de vue civil, ne sont introduites dans le débat que par cette fiction de mariage civil sur laquelle repose tout entière la spéculation judiciaire que madame Weber poursuit; — attendu qu'en réalité M. Pescatore et madame Weber, lorsqu'ils allaient recevoir en Espagne la bénédiction nuptiale, n'avaient ni l'un ni l'autre la volonté de contracter un mariage de nature à produire des effets civils; que M. Pescatore avait l'intention

Digitized by Google

de conserver à sa famille la plus grande partie de sa fortune, et qu'il a persisté dans cette intention jusqu'à ses derniers moments ;

Attendu que les faits qui ont été avancés par madame Weber et qui semblent contredire la volonté dans laquelle, suivant les légataires universels, M. Pescatore a persisté jusqu'à sa mort, sont de tous points inexacts ;

Attendu notamment que le récit d'une scène qui, suivant madame Weber, se serait passée autour du lit du mourant, scène dans laquelle M. Pescatore aurait recommandé à ses parents madame Weber comme sa femme légitime, et reproché à son frère Antoine de l'avoir empêché de faire les publications légales, est complétement controuvée.

PAR CES MOTIFS et autres à suppléer,

Donner acte aux légataires universels de M. Jean-Pierre Pescatore de ce qu'ils persistent dans leurs précédentes conclusions signifiées par deux actes du 17 juillet 1856.

En conséquence, sans s'arrêter au prétendu acte de mariage du 8 novembre 1851, lequel, en tant que de besoin, sera déclaré nul et de nul effet ;

Déclarer la dame Weber non recevable, en tous cas mal fondée dans sa demande en compte liquidation et partage d'une prétendue communauté de biens qui aurait existé entre elle et M. Jean-Pierre Pescatore,

Et la condamner aux dépens ;

Subsidiairement et pour le cas où le Tribunal ne se croirait, quant à présent, suffisamment éclairé,

Donner acte aux concluants de ce qu'ils articulent, mettent en

Digitized by Google

fait et offrent de prouver, tant par titres que par témoins, les faits suivants :

1er Fait. — Que, le 5 octobre 1851, monseigneur l'archevêque de Bordeaux, se trouvant à Giscours, a engagé M. Pescatore à faire cesser la situation irrégulière dans laquelle il se trouvait vis-à-vis de madame Weber, et que M. Pescatore lui a répondu par un refus de contracter un mariage civil; que M. Pescatore lui a donné pour motifs de son refus :

1° Qu'il redoutait la publicité, en raison de ce qu'un grand nombre de personnes honorables fréquentaient sa maison dans la persuasion qu'il existait un mariage secret et qu'elles seraient blessées d'apprendre la vérité;

2° Qu'il craignait de faire une chose pénible à sa famille qu'il affectionnait beaucoup ;

3° Qu'il ne voulait pas s'exposer aux obligations et aux conséquences auxquelles un mariage civil le soumettrait comme négociant : qu'il fut convenu alors entre monseigneur l'archevêque de Bordeaux, M. Pescatore et madame Weber que l'on se bornerait à un mariage religieux; mais qu'un tel mariage n'étant pas possible en France à cause de la législation, on irait le contracter en Espagne, et que monseigneur l'archevêque de Bordeaux se chargerait de tous les préparatifs nécessaires pour sa prompte réalisation.

2e Fait. — Que le 28 octobre 1851, monseigneur l'archevêque de Bordeaux a écrit à monseigneur l'évêque de Pampelune une lettre pour lui recommander M. Pescatore, qui voulait ne *s'unir que religieusement* avec une personne demeurant avec lui depuis plusieurs années : que cette lettre existait encore, le 6 février 1856, dans les mains de monseigneur l'évêque de Pampelune, qui en a donné com-

Digitized by Google

munication à M. Toutch, conseiller à la cour suprême de Luxembourg, subrogé-tuteur des mineurs Pescatore, lui a permis de transcrire séance tenante sur son calepin le commencement de la lettre, notamment les mots *ne s'unir que religieusement* et lui a promis de lui remettre une copie de la lettre entière s'il en obtenait la permission de monseigneur l'archevêque de Bordeaux, le tout en la présence de deux autres personnes; qu'une traduction en espagnol de la lettre du 28 octobre 1851 a été envoyée le 4 novembre suivant par monseigneur l'évêque de Pampelune à M. le curé de Renteria et se trouvait en la possession de ce dernier, le 7 janvier 1856, jour où il en a donné connaissance audit M. Toutch en présence de témoins ;

3e Fait. — Que dans les premiers jours de novembre 1851, M. Pescatore et madame Weber sont partis de Giscours sans faire connaître leur projet à qui que ce soit, en prétextant une visite à M. O'Shea, banquier de Madrid, qui se trouvait alors à Biarritz; que le seul domestique qui les accompagnait a été laissé par eux à Biarritz pendant l'excursion de plaisir qu'ils allaient, disaient-ils, faire en Espagne ;

4e Fait.—Qu'arrivés à Renteria, ils se sont *immédiatement* rendus dans la chambre du curé, où la bénédiction nuptiale leur a été donnée, et qu'ils n'ont passé en tout qu'une heure et demie à Renteria; qu'après leur départ, personne dans le pays, excepté le curé et le maître de poste, appelé comme témoin, n'a soupçonné ce qui venait de se passer ;

5e Fait.—Que rentrés à Giscours après une absence de trois jours seulement, ils n'ont fait connaître à personne la cérémonie religieuse de Renteria dont ne se doutait même pas le domestique ramené de Biarritz ;

Digitized by Google

6e FAIT.—Qu'à son retour à Paris, madame Weber a conservé dans la maison la situation qu'elle y avait auparavant, et que, pendant un certain temps, elle a continué de porter le nom de madame Weber. Qu'à une époque postérieure au mariage, madame Weber recevant les compliments d'une dame qui admirait les tableaux de la Celle Saint-Cloud se servit de ces mots : «Vous avez bien mieux que cela, madame; vous avez une position régulière et avouable;» qu'à plusieurs reprises depuis le mariage madame Weber a exprimé la même pensée;

7e FAIT.—Que M. Pescatore et madame Weber ont très-bien su l'un et l'autre qu'il n'existait entre eux aucun mariage civil; que dans les jours qui ont précédé la mort de M. Pescatore et lorsqu'on s'est aperçu que la fin était prochaine, des amis de madame Weber ont fait des démarches tant auprès de Son Excellence M. le garde-des-sceaux, qu'auprès de l'adjoint au maire du deuxième arrondissement pour faire conclure un mariage civil *in extremis*, et que le temps manquant même pour permettre une seule publication, on a songé à faire faire à M. Pescatore un testament en la forme authentique, pour augmenter les avantages qu'il avait précédemment faits à madame Weber;

8e FAIT. — Que dans la soirée du 8 décembre 1855, M. Pescatore se fit relire son testament de 1853, qu'il parut d'abord trouver inutiles de nouvelles libéralités au profit de madame Weber, et qu'il ne consentit aux dispositions contenues dans le testament dudit jour 8 décembre 1855, qu'à la suite d'assez longs pourparlers au cours desquels madame Weber s'était écriée auprès du lit du mourant : « Mais il faudra donc que j'aille vivre dans une mansarde ! »

Dire en conséquence que, faute par la demanderesse de dénier les

Digitized by Google

faits ci-dessus, ce qu'elle est sommée de faire dans le délai fixé par l'art. 252 du Code de procédure civile, les faits dont il s'agit seront tenus pour avérés.

Et ce sera justice.

H. PÉRONNE,
Avoué.

8350 Paris. Imp. Maulde et Renou, rue de Rivoli, 144.

Digitized by Google

3

AFFAIRE PESCATORE.

OPINION DE M. BUGNET,

Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

Digitized by Google

Digitized by Google

OPINION

DE M. BUGNET,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

Vu une consultation de MM. Odilon Barrot, Bethmont, Marie, suivie de l'adhésion de M. Demolombe, précédée d'une lettre adressée par M. Chaix d'Est-Ange à S. E. Mgr le cardinal archevêque de Reims, ainsi que la réponse de Son Eminence; plus la traduction d'une consultation délibérée à Madrid par trois avocats espagnols; ensemble les conclusions prises devant le tribunal de la Seine par les héritiers de M. Jean-Pierre Pescatore, et celles prises par madame veuve Pescatore née Weber ;

Vu enfin un mémoire à consulter, et une consultation pour les héritiers Pescatore, par M. Edouard Laboulaye, ancien avocat, professeur de Législation comparée au collége de France, membre de l'Institut ;

Le soussigné est d'avis que, malgré les proportions que les mémoires, consultations, débats à l'audience ont données ou pourront encore donner à cette affaire, à raison de l'importance des intérêts qui s'y trouvent engagés, la question à résoudre est peu compliquée, et la réponse nous paraît écrite dans la loi.

QUESTION. — Le mariage contracté à Renteria en Espagne, le 8 novembre 1851, est-il valable et peut-il produire les effets civils en France ? Nous répondons OUI sans hésiter.

Nous dirons de la consultation de MM. Odilon Barrot, Bethmont et Marie, ce que le cardinal de Reims dit à M. Chaix d'Est-Ange au sujet de sa lettre : *Les preuves nous ont paru surabondantes.*

Digitized by Google

Même observation au sujet de la consultation des trois avocats de Madrid, lesquels connaissent probablement aussi bien que nous la manière dont on applique en Espagne les règles du concile de Trente sur les formalités du mariage : leur consultation constate leur étonnement de voir s'élever des doutes sur la validité du mariage de M. et Madame Pescatore.

Reste donc le mémoire et la consultation de M. Laboulaye.

La première partie de ce remarquable travail prouve une grande érudition ; il contient des documents curieux et intéressants sur le mariage chez les Romains, chez les Français et les Espagnols au moyen-âge et pendant les siècles suivants, jusqu'à nos lois nouvelles.

Mais les difficultés qui s'élèvent sur la validité d'un mariage contracté en 1851, ne peuvent pas se résoudre par l'histoire, mais par les lois en vigueur à l'époque de la célébration. M. Laboulaye a bien compris cette vérité, car ce n'est que dans la deuxième partie de son œuvre qu'il examine les questions que soulève le mariage de M. Pescatore ;

Et tout d'abord (page 37), il demande si le mariage Pescatore est un mariage *espagnol* ou un mariage *français* ? Nous répondons : c'est le mariage d'un Français contracté en Espagne ; si ce mariage est valable d'après la loi espagnole, il sera nécessairement aussi valable en France, ainsi le décide la loi française (art. 47 et 170 du Code). L'auteur a raison de dire que cette question est un point capital, mais pour la résoudre il importe peu que les lois française et espagnole aient la même origine, qu'elles aient ou non marché du même pas, et qu'aujourd'hui le Code soit plus rigoureux que la loi espagnole.

Si le mariage se célèbre en France, il faudra observer les formalités prescrites par la loi française ou subir les peines attachées à leur inobservation ; quand au contraire le mariage se célébrera à l'étranger, il faudra se conformer aux lois de ce pays, et à ces lois seulement (nous ne parlons que des formes), et par là nous obéirons à la loi française (47 et 170), mais il ne faut pas cumuler les deux lois.

§ 2. page 38. — Si le mariage Pescatore est un mariage espagnol, il est nul (dit M. Laboulaye), car *il n'y a pas eu de publications en Espagne, et il n'a pas été fait devant le propre curé.* Nous sommes étonné de la conclusion, car en ce qui concerne la première cause, le défaut de publication, M. Laboulaye convient lui-même que cette inobservation n'entraînerait pas la nullité. La réponse à faire est suffisamment développée dans la consultation des avocats de Madrid, pages 6 et 7. Mais le propre curé n'était pas présent cela est vrai : donc le mariage est nul? Non : voici en effet les termes mêmes de la loi, c'est-à-dire du concile de Trente : « *qui aliter quam* » *præsente Parocho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii Licentiâ et duobus vel* « *Tribus testibus,* » c'est-à-dire en présence du curé ou de *quelque autre prêtre* avec *permission* dudit curé ou de l'ordinaire, et avec deux ou trois témoins... Donc si un autre prêtre est présent et que ce soit avec la permission du propre curé ou de l'ordinaire diocésain, le mariage est valable.

Digitized by Google

Remarquons l'expression employée par le concile : *Licentiâ*. M. Laboulaye traduit très exactement ce mot par *permission*; mais pourquoi changer cette expresssion et la remplacer par une autre, tant dans ce § 2, page 38, que dans les § suivants, dans lesquels M. Laboulaye emploie constamment le mot *délégation*; dans la délégation il y a attribution, collation d'une qualité, d'un caractère, d'un pouvoir dont était entièrement privé celui auquel est faite la délégation. Au contraire, la permission *Licentia* suppose préexistant le pouvoir dans la personne à laquelle la permission est donnée, seulement ce pouvoir était à l'état d'inertie, et *Licentia* une fois donné, ce pouvoir est mis en activité. Ainsi en nous plaçant au point de vue du concile et de la loi espagnole, ce qui est la même chose, tout prêtre, par cela seul qu'il est prêtre, a caractère pour, par sa présence, valider le mariage; seulement il ne peut exercer ce pouvoir qu'à l'égard de ses paroissiens ou du consentement du propre curé ou de l'ordinaire de ceux qui se marient.

Dans le § 4, pages 39 et suivantes, on recherche quel était l'ordinaire diocésain de M. et Madame Pescatore, avant leur mariage, et pour arriver à cette détermination on recherche où était leur domicile : l'âge des deux futurs, leur complète indépendance à l'égard de toutes autres personnes pour contracter mariage, diminuent singulièrement l'importance que l'on parait attacher à préciser ce domicile. Habitant tantôt dans une localité, tantôt dans une autre, ils étaient dans chacune très notoirement connnus : or les trois prélats qui dirigent les diocèses où M. et madame Pescatore habitaient le plus souvent ont accordé dispense de bans et permission *Licentia* de passer outre à la célébration du mariage (1).

Mais, dit-on, monseigneur l'archevêque de Bordeaux n'a pu donner une délégation valide. Nous répondons qu'il a pu faire connaître, soit à l'évêque de Pampelune, soit au curé de Renteria les permissions des prélats de Paris, de Versailles et la sienne propre en tant que besoin serait.

Et nous croyons que quiconque connaîtra cette affaire, aura vu les pièces produites, restera profondément convaincu que le curé de Renteria, en procédant au mariage dont il s'agit, était dans les termes du concile ou de la loi espagnole, puisqu'ils se confondent, et qu'à cette célébration, il y avait : 1° les deux futurs; 2° *alius sacerdos quam proprius Parochus, sed* EX LICENTIA *ordinarii*; 3° enfin deux témoins; donc la loi espagnole était suffisamment observée; donc le mariage est valable, et notre loi française accepte ce mariage avec les qualités et conséquences que lui attribue la loi espagnole, c'est-à-dire qu'il est valable en France. Et nous pouvons ajouter que les article 47 et 170 nous obligent de considérer comme valables, et de leur attribuer tous les effets civils, bien d'autres mariages pour la célébration desquels il y aurait eu moins de formalités, moins de garantie que pour celui de M. et Madame Pescatore. Ne soyons donc pas plus exigeants que la loi elle-même.

(1) Voir la Consultation des avocats de Madrid sur le but des publications et le domicile, quant au mariage (pag. 6 et 7).

Digitized by Google

§ 3, page 46. — Autre objection : L'archevêque de Bordeaux n'a pu déléguer au curé de Renteria un droit qui ne lui appartient pas en France, le droit de célébrer un mariage civil ? Cela est très vrai : mais entendons-nous bien, pas d'équivoque ; nous avons déjà remarqué que *Licentia* ne se traduit pas par délégation : quoi qu'il en soit, nous acceptons cette expression, et nous répondons : ce n'est pas l'archevêque de Bordeaux, de Paris ou de Versailles, qui délèguent le curé de Renteria pour célébrer un mariage valable (nous ne disons pas civil, car s'il est valable, il est tel *sub omni respectu*), mais c'est la loi française elle-même qui donne cette délégation, cette aptitude à tout officier de l'état civil étranger, quel que soit son état, quelque simples et fugitives que soient les formes, pourvu que la loi du pays les trouve suffisantes.

M. Laboulaye raisonne comme si le curé de Renteria était le mandataire des prélats français et qu'il se fût rendu sur le territoire français pour procéder par leur ordre à la célébration de ce mariage. Ce n'est pas ainsi que le fait s'est accompli. Les articles organiques du concordat sont une loi française, cela est vrai, mais ils ne dérogent pas aux articles 47 et 170, et pour plus d'une raison que l'auteur de la consultation comprendra très bien.

M. Laboulaye conclut ce § par cette proposition, page 51 : *Ce n'est point un mariage français, puisqu'il y manque le contrat civil.* Nous ne pouvons comprendre cette affirmation en présence des articles 47 et 170. A notre tour, nous demanderons : La loi française reconnaît-elle aux officiers de l'état civil étrangers le pouvoir de recevoir les actes civils, de célébrer le mariage des Français ? Il faut nier l'évidence pour ne pas répondre, *oui*. Ces mariages sont-ils valables ? La réponse affirmative n'est pas plus douteuse. Or, le mariage contient les formes substantielles exigées par la loi espagnole, qui n'est autre que le concile de Trente ; donc il est valable en France : peu importe, qu'en Espagne, l'idée du sacrement soit l'idée prédominante et la seule qui ait principalement attiré l'attention du législateur, tandis qu'en France il en est autrement : ce n'est pas dans des traités de théologie, au point de vue de la loi française, que nous trouvons la solution : elle est tout entière dans les articles 47 et 170, qui sont, eux aussi, l'expression de la volonté du législateur français.

§ 6, page 52. — Ce § considère le mariage de M. et Madame Pescatore comme clandestin : nous convenons qu'il n'a pas eu une grande publicité, mais la loi espagnole n'en exige pas davantage. Reste la disposition de l'article 170 sur les publications en France ; la jurisprudence paraît fixée sur ce point, ainsi que sur l'article suivant, relatif à la transcription. La jurisprudence aurait pu se diriger en sens contraire, mais elle eût été bien sévère, bien dure, et elle le serait surtout dans l'espèce actuelle. Nous devons ajouter que l'omission de cette publicité a été bien réparée par la publicité postérieure ; les membres de la famille ne l'ont pas ignorée, ni pu l'ignorer, leur correspondance avec M. Pescatore et les félicitations qu'ils lui adressaient à ce sujet en font foi. Or, cette publicité *ex post facto* n'est-elle pas prise, en considération, même par la loi, pour purger le vice de clandestinité ? L'article 193 ne peut guère s'expliquer que dans ce sens.

En adoptant la jurisprudence sur les publications et la transcription, comment

Digitized by Google

pouvons-nous qualifier clandestin un mariage que la loi espagnole déclare ou admet comme public.

La question de bonne foi qui se présente subsidiairement, est laissée à l'appréciation des magistrats, comme bien d'autres, même en matière de mariage, et il ne nous est nullement démontré que les époux Pescatore n'ont pas pu être ou plutôt avoir été de bonne foi lors de la célébration. On parle de fraude... mais à qui, envers qui?..

Non, ils ont cru faire un mariage valable, dans leur opinion il était valable, comme nous croyons qu'il l'est réellement : ils n'ont pas voulu faire un simulacre de mariage, qui après la mort de l'un ou de l'autre occasionnerait des débats toujours très affligeants.

Paris, le 17 juillet 1856.

BUGNET,

Professeur à la Faculté de Droit.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

AFFAIRE PESCATORE.

1° Lettre adressée par M. CHAIX D'EST-ANGE à S. E. Mgr le Cardinal Archevêque de Reims;

2° Réponse de Son Éminence;

3° Consultation de MM. ODILON BARROT, BETHMONT, MARIE, DEMOLOMBE;

4° Traduction d'une Consultation délibérée à Madrid, par MM. José MORPHY, Ramon CROOKE, José-Gonzalez SERRANO.

Digitized by Google

Digitized by Google

A SON ÉMINENCE

MONSEIGNEUR LE CARDINAL GOUSSET,

ARCHEVÊQUE DE REIMS, ETC., ETC.,

AUTEUR DE LA **THÉOLOGIE MORALE.**

MONSEIGNEUR,

Votre Éminence m'a permis de l'entretenir du procès Pescatore et des questions que ce procès soulève. Dans une affaire de cette nature, je suis trop heureux de pouvoir joindre à l'avis des jurisconsultes les plus éclairés, l'opinion d'un Prélat jouissant d'une si grande autorité dans toutes les questions qui touchent à la fois au droit civil et au droit canonique.

Je n'ai pas voulu prendre pour base de cet examen un exposé qui, fait par moi, aurait pu ne pas être complet et ne pas reproduire exactement les objections de nos adversaires. J'ai donc attendu leurs propres conclusions qui viennent de nous être remises, et que j'ai l'honneur d'adresser à Votre Éminence, avec toutes les pièces qui se rattachent à l'affaire. C'est d'après ces conclusions que je puis aujourd'hui embrasser l'ensemble de leur système et relever chacune de leurs objections.

La première question soulevée est celle de la validité d'un mariage contracté à l'étranger sans avoir été précédé en France des publications prescrites par l'art. 63 du Code Napoléon.

Cette question de pur droit civil est aujourd'hui trop bien éclaircie par la doctrine et la jurisprudence, pour que, dans l'espèce actuelle, elle puisse être un instant douteuse.

En France, et sous aucun régime, jamais les publications ou bans de mariage n'ont été considérés comme une formalité essentielle et irritante du mariage. Sous le droit canon, et notamment sous l'empire du concile de Trente, il est certain que l'absence de

Digitized by Google

bans n'entraînait pas nullité ; tous les docteurs en sont d'accord. Sous l'ancienne jurisprudence française, M. d'Aguesseau enseignait la même doctrine : « Personne » n'ignore, dit-il, que la publication des bans n'est pas considérée comme une céré- » monie qui soit de l'essence du contrat ou du sacrement. — Qui pourrait croire » que l'esprit de l'ordonnance eût été de déclarer un mariage nul par la seule omission » de la publication des bans ? » Notre jurisprudence a hérité de cette doctrine, et il est hors de doute que, sous le Code Napoléon comme sous l'ordonnance de Blois, personne n'oserait demander la nullité d'un mariage contracté en France, sous prétexte qu'il a été célébré sans publications.

En doit-il être autrement, lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté en pays étranger ? Ce qui n'est en principe qu'une simple formalité extrinsèque peut-il devenir, dans ce cas, une formalité substantielle et irritante ? On aurait peine à le comprendre. La publication des bans est une précaution pleine de sagesse et de prudence. Elle est prescrite, au dedans comme au dehors, pour prévenir les fraudes. Si donc elle ne cache aucune fraude, si les parties étaient libres de tout obstacle et ne pouvaient craindre aucune opposition, si l'absence de publication n'a causé aucun dommage, comment l'accomplissement de cette mesure de précaution pourrait-elle entraîner à elle seule la nullité d'un acte aussi important, et en même temps aussi favorable que le mariage ? Assurément, il faudrait que la loi, qui n'en a jamais fait pour les mariages contractés en France qu'une formalité accessoire, en eût fait, dans les termes les plus exprès, une formalité substantielle pour les mariages contractés à l'étranger. Or, ces termes exprès, absolus, ne se rencontrent pas dans l'art. 170 du Code Napoléon ; et, bien mieux, lorsque le législateur consacre un chapitre spécial aux demandes en nullité de mariage, parmi ces causes de nullité qu'il énumère, il ne fait pas figurer le défaut de publications.

C'est là, au milieu de beaucoup d'autres arguments, la grande raison qui, après quelque hésitation, a fixé enfin la jurisprudence sur ce point, et il demeure aujourd'hui certain, que l'absence de publications ne suffit pas pour annuler un mariage qui ne comporterait aucun empêchement, et a été contracté de bonne foi en pays étranger. Je ne rappellerai sur ce point que l'arrêt solennel rendu par la Cour de Paris, le 28 juin 1841, dans l'affaire de Brancas, l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1846, affaire Augu, et deux arrêts de la Cour Impériale de Paris du 14 mai 1853 et du 21 janvier 1854.

Le droit canonique est-il plus favorable que le droit civil à la nullité du mariage dont il s'agit ? Je ne le pense pas, et c'est avec confiance que, sur chacune des questions soulevées, je me permets de soumettre quelques observations à la haute sagesse de Votre Éminence.

Le mariage célébré en Espagne, l'a été sans la publication de bans prescrite par le concile de Trente. Il est vrai qu'il l'a été avec des dispenses de publications délivrées par l'archevêque de Bordeaux, l'archevêque de Paris, l'évêque de Versailles. Mais ces dispenses, dit-on, sont nulles, et notamment celle délivrée au siége de Paris.

Supposons, pour un moment, qu'en effet ces dispenses sont nulles, leur nullité pourrait-elle entraîner la nullité du mariage ? Personne, je suppose, n'oserait le prétendre.

Digitized by Google

J'ai déjà dit qu'en droit canonique, aussi bien qu'en droit civil, l'absence de toute publication de bans n'a jamais été une cause de nullité du mariage; c'est là un principe tellement certain et tellement élémentaire que personne, ce me semble, ne devrait l'ignorer. Ce n'est pas à vous, Monseigneur, que j'aurai besoin de rappeler l'unanimité des docteurs sur ce point. Permettez-moi seulement de citer ici Sanchez : *Tenendum est denuntiationes non esse essentiâ matrimonii et subindè, illis injustè omissis, initum matrimonium validum esse.* Le cardinal de Luca dit également et répète en maint endroit : *Ista non dicitur solemnitas substantialis, cujus omissio causaret matrimonii nullitatem.* Le mariage, dit-il plus loin, célébré sans aucune publication, est valable, alors même qu'il serait un mariage indigne pouvant, aux yeux de la loi civile, donner lieu à l'exhérédation et à la privation de dot : *Etiam matrimonium positivè indignum atque aptum ad exhæredationem, vel ad denegationem dotis.*

Il est donc certain que le mariage dont il s'agit, eût-il été célébré sans aucune publication de bans et sans dispenses, serait néanmoins valable devant la loi canonique, comme devant la loi civile.

Il serait dès lors superflu d'examiner si les dispenses ont été valablement accordées: je vais le faire cependant, en relevant chacune des objections soulevées.

La dispense, dit-on, est adressée à un prêtre français et non à un prêtre espagnol. Cela est vrai. Il est de principe que la dispense de publication de bans accordée par le propre curé de l'une ou l'autre des parties contractantes, n'a pas besoin d'être adressée spécialement à tel ordinaire ou à tel curé dénommé. Communément, elle est donnée à la partie elle-même ; et si, dans l'espèce, monseigneur l'archevêque de Paris a adressé à monseigneur de Bordeaux sa dispense de publications, c'est uniquement parce que la dispense lui avait été demandée par ce prélat.

Mais, ajoute-t-on, elle a été donnée sur un faux exposé ; car elle est donnée à Julie Weber, de la paroisse de Ste-Marie, diocèse de Bordeaux, et non à Anne-Catherine Weber, de la paroisse de Notre-Dame-de-Lorette, à Paris.

Quant à la question de savoir quel était le véritable domicile canonique de la future, nous l'examinerons tout à l'heure.

Quant à la question de savoir quels sont ses véritables prénoms, il est certain qu'elle s'appelle Anne-Catherine et non Julie. C'est donc par erreur que, dans les actes de dispense, l'archevêque de Bordeaux l'a appelée Julie-Anne-Catherine, et que l'archevêque de Paris, ainsi que l'évêque de Versailles l'ont appelée simplement Julie. Il faudrait être bien malheureusement inspiré pour chercher dans une pareille erreur une cause de nullité de mariage. Est-il besoin de rappeler ici que ce n'est là qu'une question de bonne foi, et que, quand on est d'accord sur l'identité de la personne désignée, l'erreur sur les prénoms, sur les noms, sur les qualifications n'ôte rien à l'efficacité de l'acte. *Ista enim quæstio percutit casum in quo voluntas sit certa erga unum subjectum quod tamen, erronè in verbis explicetur, sub diverso nomine vel sub aliâ diversâ circumstantiâ, et sic, ubi faciens habebat in animo faciendi eam rem, sed in verbis ex errore alteram exprimat.*

Enfin, on objecte sur cette question de la validité des dispenses, qu'elles ont été données par l'archevêque de Paris sous ces trois conditions: S'ils sont dans le cas d'une dispense légitime, s'ils sont pourvus du consentement respectif de leurs parents qu'on est

Digitized by Google

en droit d'exiger, et si d'ailleurs vous ne reconnaissez aucun empêchement canonique ou civil pouvant faire obstacle, *entendant que la présente dispense soit nulle, si une seule des conditions fait défaut.*

Ces clauses sont de style et se retrouvent dans toutes les dispenses de publications accordées par la métropole de Paris. Quel parti en veut-on tirer dans l'espèce? Les futurs, dit-on, n'étaient dans aucun cas de dispense légitime. Mais, sur ce point, il me suffira de rappeler ce passage de Sanchez, confirmé d'ailleurs par tous les docteurs : après avoir rappelé plusieurs causes de dispenses, il ajoute : *Causa est, dum aliqui concubinarii existimati sunt diu conjugati.* Me permettez-vous, Monseigneur, d'ajouter à cette citation un passage que j'extrais du beau livre que votre Éminence a publié sous le titre de *Théologie morale : On dispense aussi, même de toute publication, les personnes qui ne sont mariées que civilement pour les déterminer plus facilement à se marier en face de l'église, lorsqu'on sait d'ailleurs qu'il n'y a pas d'empêchement canonique à leur mariage :* ON CHERCHE A LES RAMENER A DIEU PAR TOUS LES MOYENS POSSIBLES..... II, p. 526.

Ainsi, l'absence de publications qui, en tout cas, ne serait pas irritante, se trouve ici couverte par des dispenses régulières.

C'est ici, Monseigneur, que se présente la question de savoir si le mariage, dont nous examinons la validité, a été célébré en présence du propre curé de l'une ou de l'autre des parties contractantes et conformément aux prescriptions du concile de Trente.

C'est lui, en effet, il ne faut pas l'oublier, qui devient la loi des parties ; elles se sont mariées dans un pays où le concile de Trente règle seul les formes et la validité du mariage. Or, suivant la maxime, *locus regit actum*, maxime essentiellement applicable en ces matières, nous n'avons plus à nous préoccuper, quant à la forme, des prescriptions de notre loi civile, mais à rechercher seulement si on a scrupuleusement accompli, dans ce mariage, toutes les formalités prescrites par la loi civile ou religieuse, en vigueur dans le lieu où le mariage a été célébré.

Le curé, dont le concile de Trente exige la présence, est celui de la paroisse où les parties contractantes ont présentement leur domicile. C'est vous, Monseigneur, qui vous exprimez ainsi dans le traité que j'ai déjà eu occasion de citer.

La question est donc ici de savoir quel était le domicile des parties contractantes ou de l'une d'elles ; car, *il n'importe que ce soit le curé du mari ou celui de la femme, comme l'a déclaré plusieurs fois la Congrégation des cardinaux, interprète du concile de Trente* (*Ibid.*).

Mais par combien de temps s'acquiert le domicile?

En droit civil, rien de plus simple. Aujourd'hui, en France, il s'acquiert par six mois de résidence. Autrefois, et sous l'empire de l'ordonnance, il fallait également six mois à ceux qui demeuraient auparavant dans une autre paroisse du même diocèse, un an pour ceux qui passaient d'un diocèse dans un autre. Ce sont là les prescriptions de la loi civile ; si en Espagne il en existait de pareilles, ces prescriptions devraient être suivies; mais en Espagne, il ne faut pas l'oublier, c'est le concile de Trente qui seul règle les formalités du mariage, c'est donc au concile de Trente, et non à nos lois civiles, que nous devons recourir pour savoir par combien de temps s'acquiert le domicile matrimonial. Or, sur ce point, le concile de Trente est muet ; et, dès lors,

Digitized by Google

c'est à l'usage du pays, et à l'interprétation qu'y reçoit le Concile, que nous devons avoir recours.

En droit canonique, on distingue : 1° le domicile proprement dit ; 2° le quasi-domicile ; 3° enfin, la simple habitation, laquelle s'établit, sans intention de se fixer, par un mois de résidence.

Le savant abbé Carrière, dans son traité *de Matrimonio*, s'exprime ainsi : Domicilium *dicitur locus in quo quis versatur cum intentione perpetuò manendi. Igitur domicilium non acquiritur ullo tempore ab eo qui habet intentionem discedendi : dum e contra, statim, absque ullo temporis intervallo, acquiritur ab eo qui vult perpetuò permanere : illud omninò dicendum esse secundum leges et canones expresse docet Fagnanus* n° 44..... *Est* quasi domicilium, *quando adest intentio commorandi saltem per majorem anni partem, facto externo sufficienter manifestato : tunc, quemadmodum diximus domicilium statim vel à primâ die acquiri, ita pariter dicendum est de quasi domicilio ; statim acquiritur et fit parochianus. Ita Sanchez, d.* XXIII. *Billuart Diss.* VII, *art.* 12, § 2, *etc. Est autem* simplex habitatio *quando non adest quidem intentio commorandi etiam per majorem anni partem, sed de facto quis commoratur per tempus satis notabile, id est, per spatium saltem unius mensis : nec sufficiet intentio sola, nisi reipsâ adfuerit habitatio.*

Cette simple habitation, prolongée pendant un mois, suffit-elle pour établir la compétence du curé ?

On trouve des docteurs qui tiennent pour la négative. Ce sont ceux qui ont écrit sous l'empire des idées françaises et des prescriptions de notre droit civil. Ils ont raison en ce sens, que le domicile matrimonial en France ne peut s'établir que par six mois de résidence ; mais, encore une fois ce n'est pas la loi française, ce ne sont pas les usages consacrés en France qu'il faut consulter ici pour ce mariage célébré en Espagne, ce sont les lois et les usages espagnols, c'est-à-dire, c'est le concile de Trente comme il est entendu et appliqué en Espagne qu'il faut suivre.

Or, en Espagne comme en Italie, comme dans tous les pays de la chrétienté, la simple habitation par un mois de résidence suffit pour constater le domicile matrimonial. C'est un point sur lequel je crois superflu de multiplier les autorités, je me contente de dire ici, qu'à l'appui de cette opinion, adoptée par lui, l'abbé Carrière cite des décisions émanées de la Sacrée Congrégation des Cardinaux, et qui ne peuvent laisser aucun doute sur la question. *Colligi potest ex decisione S. Congregationis quam refert Fagnanus : cum vir et mulier Trajectenses, timentes impedimentum a parocho, ad vicinam urbem Aquisgranensem se contulissent et ibi aliquandiu morati matrimonium contraxissent, S. Congregatio consulta super validitate, censuit exprimendum tempus quo contrahentes Aquisgranæ manserunt : quod si fuerit saltem unius mensis, dandam esse decisionem pro validitate, aliàs de novo referendum in congregatione. Idem ferè a Sacrâ Congregatione declaratum videmus, anno* 1572. *Acta Sacræ Congregationis, de matrim. Holland., p.* 103 *et* 104. *Et anno* 1769 *apud Zamboni inter conclusiones* v° *matrimonium.* § v. *t.* VII, *p.* 212, *ubi legimus « ad matrimonium valide ineundum satis esse, ut conjuges unius saltem mensis spatio habitaverint, in loco ubi fuit celebratum ».*

Ainsi, aux yeux des Pères du concile de Trente, aux yeux de ceux qui sont ses interprètes les plus autorisés, la faveur du mariage est telle, que le domicile matrimonial peut s'acquérir par un seul mois d'habitation.

Digitized by Google

Ceci entendu en droit, voyons en fait ce qui s'est passé dans l'espèce.

Le domaine de Giscours, situé sur la paroisse de Sainte-Marie, au diocèse de Bordeaux, est une grande terre qui a été achetée par M. Pescatore, en 1847. Depuis ce temps, Mme Weber l'habitait avec lui pendant quelques mois chaque année. En 1851, notamment, ils y passèrent ensemble les mois d'avril et de mai, puis les mois de septembre et d'octobre, et les premiers jours de novembre. La future était donc dans les conditions d'habitation que nous venons d'établir. Elle pouvait se marier devant le curé de la paroisse Sainte-Marie, ou devant monseigneur l'archevêque de Bordeaux, ou partout ailleurs, devant tout autre prêtre, avec une permission expresse soit de son propre curé, soit de son ordinaire.

Il y a d'ailleurs une considération dont il faut toujours tenir compte en appréciant ces questions : même sous notre ancienne jurisprudence, où la question de domicile était réglée non par le concile de Trente, mais par les édits rigoureux de nos rois, on tenait grand compte, avant d'annuler un mariage, de la question de bonne foi. « Observons sur le défaut de domicile, dit M. Merlin, qu'il est infiniment plus décisif entre les mineurs qu'entre les majeurs. » Et il serait important de voir au Répertoire, v° mariage, sect. IV. § 2, n° 7, dans quels termes se trouvent cités trois arrêts du Parlement de Paris, qui ont rejeté des demandes en nullité de mariages contractés par des majeurs devant des prêtres qui n'étaient pas autorisés par six mois de résidence.

Ainsi, non seulement sous la loi canonique, mais même sous l'empire des dispositions rigoureuses de l'ordonnance, le mariage dont il s'agit aujourd'hui, contracté de bonne foi par des majeurs, aurait été validé.

Il l'aurait été encore par d'autres motifs que je crois décisifs.

La question de domicile est une question complexe. Suivant la loi civile, le domicile d'un citoyen, s'il a plusieurs résidences, est le lieu où il a son principal établissement ; suivant la loi canonique, c'est la résidence que le fidèle a choisie pour y remplir ses devoirs religieux ; *licet in uno forsan loco frequentius personaliter resideat, quam in altero.* C'est là une question de fait et d'intention qui n'est pas soumise à une règle inflexible de droit, mais qui se décide par l'appréciation des circonstances. *Ex vulgari æstimatione et loquendi modo multum dependet ut defininiatur, ubinam quis domicilium dicendus sit habere, ut coram parocho loci matrimonium valide contrahere queat et quidem in particularibus casibus ex circumstantiis concurrentibus facilius et securius id determinari potest, quam per generalem aliquam regulam definiri aut describi.*

Or, ici, quel était, au 8 novembre 1851, le propre curé, ou plutôt quel était l'ordinaire de la future? l'archevêque de Paris, dira-t-on, dans le diocèse duquel était sa principale habitation. Mais on oublie qu'elle était née dans le sein du protestantisme, qu'elle l'avait toujours pratiqué, et que, par conséquent, pour elle, étrangère à l'église jusqu'au jour de son départ pour Bordeaux, en septembre 1851, il n'y avait, à Paris, ni propre curé, ni ordinaire. Celui qui, pendant deux mois, allait lui prodiguer ses instructions, la ramener dans le giron de l'église, et, après avoir reçu son abjuration, la préparait au sacrement du mariage, celui-là était évidemment son premier et son seul pasteur. Qu'on lise

Digitized by Google

ce que dit sur cette question du propre curé, le cardinal de Luca dans son traité *de Matrimonio* : *Verius tamen est ut tanquam in quæstione quæ facti et voluntatis potius est quam juris, nulla desuper statui valeat regula certa et generalis, cuicunque casui applicabilis. Cum totum pendeat ex facti qualitate ac particularibus circumstantiis eam probantibus voluntatem quod illa ovis, discendendo ab alterius pastoris ovili, alteri ovili se addixerit ejusque pastoris subdita sit effecta, adeo ut illa novum pastorem agnoscat ut suum, isteque agnoscat ut suam ovem....*

Si le savant prélat s'exprime ainsi quand il s'agit de la position d'un fidèle passant des mains d'un pasteur ancien entre les mains d'un pasteur nouveau, que n'aurait-il pas dit aujourd'hui qu'il s'agit d'une brebis égarée et sans pasteur, entrant pour la première fois au sein du troupeau! celui qui l'y fait entrer n'est-il pas son premier, son seul pasteur? Ne devient-elle pas immédiatement sa brebis?

Si d'ailleurs nous voulions, pour un moment, nous placer au point de vue des collatéraux et supposer avec eux que le domicile canonique de la future n'était qu'à Paris, et que l'archevêque de Paris pouvait seul donner la licence dont parle le Concile, nous dirions qu'il l'a réellement et surabondamment donnée.

Quels sont, en effet, les termes de la dispense délivrée à Paris, le 21 octobre 1851? NOUS VOUS DONNONS LA PERMISSION DE CÉLÉBRER LEUR MARIAGE *et nous dispensons ledit Pescatore et ladite Wéber des trois publications de bans.* Ainsi se trouve pleinement satisfaite la prescription du concile de Trente : *Non aliter quam præsente parocho, vel alio sacerdote, de ipsius parochi seu ordinarii licentiâ.*

Il faut, d'ailleurs, ajouter ici une observation : Alors même que l'acte émané du diocèse de Paris ne contiendrait pas la permission expresse et formelle de marier, et ne serait qu'une simple dispense de bans, comme l'acte émané du diocèse de Versailles, il serait encore suffisant pour la validité du mariage. Il est de principe, en effet, dans la plupart des diocèses de France, et à plus forte raison, il est de principe en Espagne, que la simple dispense des bans équivaut à la permission de marier. On pense avec raison que le propre curé qui délivre soit la dispense, soit le certificat de publications, consent, par cela même, à la célébration du mariage.

Vous savez, Monseigneur, combien il serait facile de multiplier les citations pour justifier ce point de jurisprudence canonique : je me borne à citer les Instructions tirées du Rituel de Blois, celles d'Evreux... « Le certificat de publications des bans, suivant » l'usage présent de la plupart des diocèses, tiendra lieu au nouveau curé qui fait le » mariage, de la permission par écrit que demande l'édit. »

Collet, dans son traité des dispenses, s'exprime en ces termes : « On de- » mande comment doit être conçue la permission qu'il faut avoir de son premier » curé, lorsqu'on n'a pas encore un domicile suffisant dans la paroisse du second. » L'auteur des Conférences de Paris soutient que, selon l'usage et la pratique presque gé- » nérale du royaume, un certificat de publication de bans est regardé comme un acte par » lequel l'ancien curé permet au nouveau de marier les parties qui n'ont pas encore assez » demeuré sur sa paroisse. M. Gibert prétendait qu'outre ce certificat, il fallait une per- » mission spéciale et par écrit. » Je souscris volontiers à la décision de l'auteur des Conférences de Paris, parce qu'elle est fondée sur l'usage, qui est l'interprète ordinaire des lois et qui peut même y déroger. »

Digitized by Google

Enfin, M. l'avocat-général ..... portant la parole, en 1745, devant le Parlement de Paris, dans l'affaire de Labédoyère, disait : « Comme le mariage est un établissement » que l'on doit favoriser dans l'ordre politique, on n'a pas voulu le charger de for- » malités trop difficiles à remplir. Ainsi, par un usage universel établi dans la plupart » des diocèses de France et surtout dans celui de Paris, le concours des deux curés » s'induit par la remise du certificat de publication des bans. »

On le voit cependant, sous l'empire des édits qui exigeaient *une permission spéciale et par écrit*, que n'a jamais exigée le concile de Trente, le doute était né dans quelques esprits sur cette question. On pouvait craindre qu'il n'y eût surprise et qu'en délivrant la dispense ou le certificat de publications, le propre curé de l'une des parties n'eût été trompé et n'eût pensé que le mariage devait être célébré, non pas par un curé étranger, mais par le propre curé de l'autre partie contractante. Mais, outre que la fraude ne se présume pas, il est démontré ici que monseigneur l'archevêque de Paris n'a agi qu'en grande connaissance de cause. C'est pour cela, sans doute, qu'au lieu de délivrer, comme monseigneur de Versailles, une simple dispense, il donne une permission formelle de marier, enlevant ainsi tout prétexte à l'équivoque.

Si, pourtant, je ne sais quels esprits chagrins pouvaient encore couserver quelques doutes, ces doutes seraient levés par la déclaration même de l'éminent prélat. Voici, en effet, la note envoyée à Madame Pescatore :

ARCHEVÊCHÉ DE PARIS. — « La question de validité du mariage de M. Pescatore et de Mlle Anne-Catherine de Weber a été soumise à monseigneur l'Archevêque de Paris en son Conseil. Cette question, évidemment, ne pouvait être envisagée que relativement aux lois ecclésiastiques. Or, *sous ce rapport*, il ne peut pas y avoir de doute sérieux, et on ne peut attaquer la validité de cet acte. La condition essentielle était que le mariage fût célébré devant un prêtre qui fût *autorisé par le propre évêque* des contractants. Rien ne s'oppose à ce que plusieurs évêques puissent accorder cette autorisation, lorsque les contractants ont un domicile, ou un quasi-domicile, ou une habitation prolongée dans différents diocèses. Mais toute difficulté est levée lorsque l'évêque du domicile principal de l'un des époux accorde la délégation nécessaire. C'est ce qui a eu lieu dans l'espèce présente. Quoique l'acte de mariage ne parle que de la dispense de toute publication de bans, accordée par monseigneur l'Archevêque de Paris, il est certain que ce prélat a donné son plein consentement à ce que le mariage fût célébré hors de son diocèse. Monseigneur l'Archevêque de Bordeaux lui avait écrit pour lui exposer les circonstances spéciales où se trouvaient les futurs époux, et il avait répondu qu'il s'en rapportait à la sagesse de cet éminent et vénérable collègue. »

N'ai-je pas, Monseigneur, abusé de la bonté de Votre Eminence en insistant ainsi dans une question qui, pour Elle sans doute, ne comporte pas tant de difficultés ?

A ces arguments, tirés tout à la fois du droit civil et du droit canonique, les collatéraux essaient d'ajouter un argument tiré de notre droit constitutionnel. Ils voudraient faire croire que l'intérêt public est mis en péril si le mariage de M. Pescatore est valable.

Essayons, sur ce point, de préciser et de suivre leur raisonnement :

Digitized by Google

Qui a fait, disent-ils, le mariage de Renteria? Quel en a été *le ministre*, suivant l'expression plus ou moins correcte vulgairement employée? Ce n'est pas le curé de Renteria. Étranger aux parties contractantes, il ne trouvait pas en lui le pouvoir de les marier. Il le trouvait, uniquement, dans la délégation que lui avait faite l'archevêque de Bordeaux. C'est donc au nom de l'archevêque, en vertu de ses pouvoirs, par son représentant que le mariage s'est fait. S'il en est ainsi, c'est l'archevêque lui-même qui a fait le mariage. Or, il n'avait pas le droit de le faire, notre droit public lui interdisant aussi bien que nos lois pénales la célébration du mariage religieux avant celle du mariage civil. — D'ailleurs ce mariage, ainsi célébré en réalité par un prélat français, n'est plus un mariage espagnol protégé par l'art. 170 du Code Napoléon. C'est un mariage français soumis à toutes les prescriptions de la loi française.

Voilà, si je l'ai bien compris, la suite de ce raisonnement; ne contient-il pas autant d'erreurs que de mots? C'est la question que je me permets de soumettre à la haute appréciation de Votre Éminence.

Dire qu'en réalité ce n'est pas le curé de Renteria, mais l'archevêque de Bordeaux qui a fait le mariage, c'est commettre une bien étrange confusion : on ne peut se marier suivant les prescriptions du Concile, *aliter quam præsente parocho, vel alio sacerdote, de ipsius Parochi seu ordinarii* LICENTIA ? c'est-à-dire, suivant la version de tous les traducteurs, avec la PERMISSION du curé ou de l'ordinaire. Voilà le texte. Se fonder sur ce texte pour prétendre que le curé de Renteria n'a rien fait par lui-même, puisqu'il n'a agi qu'en vertu de la *permission* de l'ordinaire, c'est bouleverser à la fois toutes les habitudes du langage et tous les principes du droit. Alors même qu'on voudrait substituer au mot *licentia*, employé par le Concile, le mot *delegatio*, souvent mais improprement employé dans la pratique, on ne parviendrait jamais à faire croire que celui qui agit par délégation n'agit pas personnellement et qu'il n'est qu'un être passif. Ce rôle d'annihilation n'existe, pour le délégué, ni dans l'ordre moral, ni dans l'ordre civil, ni dans l'ordre religieux; partout, soit qu'il agisse en vertu d'une simple permission, soit qu'il agisse en vertu d'une délégation proprement dite, il agit; et, par exemple, dans l'administration des sacrements, c'est le célébrant, fût-il simple délégué, qui seul les confère; c'est lui seul qui confesse, qui ordonne, qui marie. Ce n'est donc pas monseigneur de Bordeaux, c'est le curé de Renteria qui a consacré ce mariage, qui a donné aux époux la bénédiction nuptiale, qui, enfin, suivant l'expression usitée, a été le ministre du sacrement.

Quand il faudrait admettre, d'ailleurs, l'étrange confusion qui sert de base au raisonnement des collatéraux, où donc pourrait-elle conduire? Supposons que ce soit, en effet, l'archevêque de Bordeaux qui fictivement ait été le ministre du sacrement; allons plus loin : supposons que ce prélat ait fait le voyage de Renteria et que là il ait lui-même, en personne, célébré le mariage et qu'il en ait dressé l'acte; le mariage cesserait-il pour cela d'être régi par l'article 170 du Code Napoléon? Cesserait-il d'être un mariage *contracté en pays étranger*? Ce n'est pas la nationalité de celui qui dresse l'acte, c'est le lieu où l'acte est dressé qui régit sa forme. Il est impossible de s'exprimer plus clairement et plus énergiquement que par ces mots : *locus regit actum*.

Mais, dira-t-on, le prêtre qui, dans de pareilles circonstances, aurait procédé au

Digitized by Google

mariage religieux se serait rendu coupable de contravention aux lois de son pays. Cette considération serait vraie, qu'elle serait sans influence sur le sort de l'acte. Mais, d'ailleurs, on se trompe évidemment : la loi française n'a pas d'autorité hors du territoire de la France, et le prêtre français qui, dans un pays où le mariage religieux est seul pratiqué, procède à un mariage religieux, qui suit ainsi la pratique et la loi du pays où il se trouve, ce prêtre, assurément, ne commet aucune contravention, pas plus que les citoyens français qui auraient servi de témoins à ce mariage. Monseigneur l'archevêque de Bordeaux aurait donc procédé régulièrement en consacrant lui-même, en Espagne, l'union dont il s'agit. Il n'aurait pas violé, en agissant ainsi, la loi qui règle, en France, la forme des mariages et dont l'autorité expire à la frontière.

Nos adversaires, cependant, s'émeuvent et déclarent que si de pareilles doctrines prévalent, s'il suffit de passer la frontière pour s'affranchir du mariage civil et des obligations qu'il exige, c'en est fait de ces formes que notre droit public et nos lois pénales ont également voulu protéger.

Ce sont là des terreurs imaginaires, car la sagesse des magistrats saura toujours atteindre la fraude et punir une clandestinité coupable. Cela suffit à nous rassurer. La législation française n'a pas été ébranlée, parce que tant de mariages improvisés en Angleterre ont été validés en France. Elle ne l'est pas, parce que le forgeron de Gretna-Green, avec ses formes encore plus rapides, continue son commerce de mariages et tient sa boutique ouverte à tous venants. Ce sont là les formes usitées dans le pays, et la faveur du mariage est si grande, la force du principe si absolue, qu'à moins d'une fraude manifeste, notre jurisprudence les respecte. Le prêtre catholique est-il, pour nos adversaires, moins digne de confiance que le forgeron, et le danger sera-t-il plus grand parce que le mariage, cet acte essentiellement religieux, sera accompli, suivant la loi du pays, avec toutes les solennités et toutes les garanties réglées par le concile !

Serait-il vrai cependant, comme le veulent faire croire les collatéraux, qu'en agissant ainsi, et en allant se marier en Espagne, M. Pescatore n'ait voulu faire qu'un mariage religieux, capable de rassurer sa conscience, mais incapable de produire, en France, aucun effet civil.

En fait, il faut en convenir, c'eût été là de sa part, une bien étrange combinaison. Et pourquoi ce quasi-mariage ? Était-ce pour tromper, à la fois, Dieu qu'il prenait à témoin, la emme à laquelle il s'est toujours déclaré uni par un lien indissoluble, le monde, enfin, au milieu duquel il la produisait avec tant d'éclat, sous son nom et comme sa femme légitime ? Pourquoi cette indigne profanation ? pour que le mariage ne produisît un jour aucun effet civil ? Mais il était bien simple d'y mettre ordre, et le moindre praticien lui aurait dit qu'il était bien plus moral et bien plus facile d'aller chez un notaire, d'y faire dresser un contrat et de régler ainsi, comme il l'aurait entendu, les effets civils de son mariage. Ainsi, les collatéraux de M. Pescatore essaieraient de lui faire jouer là une comédie aussi ridicule qu'elle serait odieuse.

En droit, d'ailleurs, quel serait l'effet de ce calcul, de cette arrière-pensée qu'on

Digitized by Google

prête à M. Pescatore ? La validité d'un mariage, c'est-à-dire de l'acte le plus important de la vie civile, dépend de l'observation des formes substantielles prescrites par la loi. Elle ne saurait être subordonnée au caprice des interprétations rétrospectives et des restrictions mentales. Je ne sais pas, et je ne veux pas rechercher dans quelle intention, dans quel esprit vous vous êtes marié; je veux savoir seulement si vous vous êtes régulièrement marié. Je ne sais pas, et je ne veux pas savoir, si vous n'avez entendu contracter qu'un demi-mariage valable en Espagne, mais nul partout ailleurs, valable aux yeux de l'église, mais nul aux yeux de la loi civile. Je laisse ces questions à celui qui sonde les reins et les consciences. Je veux savoir seulement si ce mariage est valable en France suivant la loi qui nous régit; car, c'est là toute la question du procès : *le mariage est valable quand il est conforme aux lois* (1).

J'ai terminé, Monseigneur, la réfutation des conclusions qui nous ont été signifiées, et je crois que je pourrais terminer ici ce travail; mais il m'est impossible cependant de ne pas indiquer en finissant d'autres moyens qui viendraient au besoin repousser les prétentions des adversaires,

La cause des collatéraux venant, dans un intérêt d'argent, demander la nullité d'un mariage est une cause toujours défavorable et souvent odieuse; c'est ce qu'enseigne la doctrine et ce qui résulte de tous les monuments de la Jurisprudence.

Dans l'ancien droit, on admettait, quoique avec peine, l'appel comme d'abus formé par des collatéraux pour des nullités absolues, jamais pour des nullités relatives. Pothier s'en expliquait ainsi : « Ils ne peuvent attaquer le mariage que pour des vices absolus » et non pour des vices respectifs, tels que la séduction, le défaut de consentement des » père et mère, etc., etc. Si même à l'égard des vices absolus qui pourraient se rencontrer dans le mariage, quoique, absolument parlant, les parents collatéraux de l'une des » parties décédées aient le droit de les opposer en interjetant appel comme d'abus de son » mariage, et qu'il y ait plusieurs exemples où ils y ont été reçus, *néanmoins ils n'y sont* » *reçus que difficilement.* »

Cependant cette distinction entre les nullités radicales et les nullités relatives était vague et subtile. C'était une règle qui laissait place à l'incertitude et avait jeté quelque confusion dans l'ancienne jurisprudence. C'est ce qu'explique nettement Portalis dans ce magnifique exposé dont il a fait précéder le titre du mariage, et qui en est resté le plus noble commentaire. « Les différentes nullités d'un ma- » riage, dit-il, ne sont pas toutes soumises aux mêmes règles; dans l'école on les a » distinguées en nullités absolues et en nullités relatives. On a attribué aux unes et » aux autres des effets différents. Mais l'embarras était de suivre dans la pratique une » distinction qu'il était si facile d'énoncer dans la théorie. De nouveaux doutes provo- » quaient à chaque instant de nouvelles décisions; les difficultés étaient interminables. On » a compris que le langage de la loi ne pouvait être celui de l'école. En conséquence, *dans*

(1) Portalis. Exposé des motifs.

Digitized by Google

» *le projet que nous présentons, nous avons appliqué à chaque nullité les règles qui lui sont* » *propres.* »

Ainsi, les auteurs du Code civil ont voulu substituer une règle nette et inflexible aux principes vagues et incertains de l'ancienne législation. Sur ce point important de la recevabilité des actions en nullité, ont-ils réellement fait une innovation? oui, sans doute; il suffit, pour s'en convaincre, de lire les articles 184 et 191 du Code Napoléon. La doctrine a justement posé le principe que ces articles sont restrictifs et limitatifs, et s'opposent, par suite, à ce que des collatéraux soient admis à demander la nullité du mariage de leur parent, après le décès de celui-ci, en dehors des cas spécialement prévus par le Code.

C'est ce qui a été jugé plusieurs fois contre des collatéraux qui prétendaient faire annuler le mariage de leur parent pour démence, notamment par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, du 9 janvier 1821, *rendu in terminis,* ainsi que l'a dit M. le premier président Troplong.

Par conséquent, les collatéraux ne peuvent attaquer le mariage de leur parent que pour défaut d'âge, existence d'un précédent mariage, parenté à un degré prohibé entre les conjoints, et encore, s'il n'a point été contracté publiquement, ou s'il a été célébré devant un officier de l'état civil incompétent; mais ils ne peuvent invoquer les articles 170 et 171 du Code Napoléon, auxquels ne renvoient pas les articles 184 et 191.

Ce serait une erreur de croire que les prescriptions des articles 170 et 171, ayant pour but de faire connaître le mariage, leur inobservation entraîne la clandestinité. La cour de Caen, dans un arrêt du 22 mai 1850, a parfaitement formulé la différence qu'il y avait entre les publications du mariage et la publicité, qui est une condition nécessaire de la validité : « Considérant qu'il ne faut pas confondre les publications de mariage avec la publicité qui est de l'essence de ce contrat; Que l'absence des publications, qui ont pour objet spécial d'avertir les personnes ayant intérêt et droit pour s'opposer au mariage, ne constitue pas une nullité absolue, tandis que la publicité, qui consiste dans la solennité même dont cet acte est entouré, est toujours une formalité essentielle pour sa validité. »

Par application directe de ce principe, la cour de Bordeaux, par arrêt du 14 mars 1850, a jugé expressément que les collatéraux ne pouvaient invoquer l'article 170 du Code Napoléon. Sans doute, cette décision ne retire pas aux collatéraux le droit de prouver directement la clandestinité du mariage ou sa célébration par une autorité incompétente; mais, du moins, elle écarte et repousse de plein droit tous les autres moyens de nullité qu'ils voudraient invoquer, quelle qu'en fût la valeur.

Mais si l'action des collatéraux est odieuse, c'est, surtout, lorsqu'ils ont jusqu'au jour du procès, prodigué à l'épouse qu'ils veulent maintenant dépouiller de ce titre honorable, les protestations d'affection, les témoignages de respect, et ces noms qu'autorisent seuls les liens étroits de la famille.

Si on voulait réunir toutes les marques des sentiments qui animaient naguère, et bien récemment encore, ceux qui sont aujourd'hui les adversaires de madame Pescatore, il faudrait citer ici un grand nombre de faits et de volumineuses correspondances. Que

Digitized by Google

d'égards, d'attentions, de respects! Que de réceptions brillantes et affectueuses! Que de félicitations ardentes adressées à M. Pescatore sur ce mariage qui devait faire son bonheur, qui récompensait enfin une femme digne de tant d'éloges et réglait leur situation CIVILEMENT ET RELIGIEUSEMENT. Pas un ne manque à ce concert d'éloges et de félicitations, pas un de ceux qui aujourd'hui attaquent et insultent ce mariage!

Si la doctrine hésite à attacher une sanction formelle à ces reconnaissances libres et spontanées des collatéraux parce qu'elles sont antérieures à l'ouverture de leurs droits, si les signataires de ces lettres ne sentent pas dans leurs consciences qu'ils ont pris avec eux-mêmes l'engagement de ne point attaquer un mariage auquel ils ont applaudi maintes fois, faudra-t-il se résigner à confesser qu'on peut impunément changer ses sentiments au gré de ses intérêts et se tourner au jour du deuil et de l'isolement contre ceux qu'on flattait dans leur prospérité? Non. Notre loi a été faite sous des inspirations trop élevées et trop généreuses pour qu'il en soit ainsi.

Mais, il y a plus. Dans les premiers jours qui ont suivi le décès de M. Pescatore, quelques-uns de ses parents ont adressé à sa veuve des lettres empreintes des meilleurs sentiments de famille.

Par exemple, à la date date du 10 décembre dernier, Madame Poulmaire écrivait les lignes suivantes :

« Ma chère tante, je reçois à l'instant la triste nouvelle du malheur qui vient de » vous frapper ; je sais trop quelle perte irréparable vous faites en perdant un aussi bon » époux..... Je suis heureuse de penser que vous êtes entourée de votre famille dans » ces tristes moments, et que les bons soins ne vous feront pas défaut. »

Quelques jours après, le 17 du même mois, M. München s'exprimait ainsi : « Ma » chère tante, la perte que vous venez de faire a posé malheureusement un terme aux » soins assidus dont vous entouriez notre brave oncle, je comprends l'étendue des re- » grets que vous devez éprouver et je les partage... C'est dans cette circonstance que » l'on recueille toujours ce que l'on a semé, en d'autres temps, d'affection autour de » soi. »

Il est inutile d'ajouter un commentaire à de pareilles lettres.

Allons plus loin.

Supposons que la prétention des adversaires de Madame Pescatore soit fondée, que les moyens qu'ils invoquent soient triomphants ; alors il faudra se souvenir que le législateur a entendu protéger la bonne foi contre toutes les attaques et lui assurer une part égale dans ses faveurs.

Les articles 201 et 202 ne laissent aucun doute à cet égard. Ils attribuent au mariage putatif tous les effets civils attachés à un mariage parfaitement régulier.

Une seule preuve est à faire, celle de la bonne foi, mais qui pourrait hésiter à reconnaître l'entière bonne foi de madame Pescatore? Les parents de M. Pescatore? mais ne l'ont-ils pas toujours accueillie depuis son mariage, comme la femme légitime de M. Pescatore; et s'ils n'étaient pas de bonne foi eux-mêmes, leurs discours, leurs lettres et leurs procédés ne devaient-ils pas entretenir l'erreur de madame Pescatore. Est-ce le monde qui aurait pu la détromper! Mais elle y a été accueillie avec toute la considération qui accompagne une épouse légitime. Elle y a reçu toutes les marques de sympathie et

Digitized by Google

d'estime dont elle s'était rendue digne. Et quel doute a jamais pu s'élever en elle sur la valeur du lien qui l'unissait à M. Pescatore !

Dans l'impossibilité de nier une bonne foi qui est évidente, voudra-t-on en écarter les conséquences par une distinction subtile entre l'erreur de fait et l'erreur de droit ? Voudra-t-on tirer de la maxime *nemo censetur ignorare legem* une présomption indiscutable de mauvaise foi ? Sans insister sur ce qu'un tel argument a d'odieux, dans la cause, rappelons que la loi n'a établi aucune distinction, et qu'il n'y a aucun motif raisonnable d'accorder moins de faveur à la bonne foi qui repose sur une erreur de droit qu'à celle qui se fonde sur une erreur de fait. C'est ce qui a été décidé un grand nombre de fois, notamment par arrêt de la Cour de Paris, du 18 décembre 1837, de la Cour de Limoges, du 25 août 1841, et du 5 janvier 1842, de la Cour de Bastia, du 2 avril 1849, et de la Cour de Bordeaux, du 14 mars 1850.

Comme l'a dit la Cour de Paris : « les tribunaux sont les appréciateurs équitables » des limites que la raison doit apporter dans l'application de cette fiction, respectable, » il est vrai, mais rarement équivalente à la vérité, que nul n'est censé ignorer » la loi. »

Or, n'est-ce pas à une femme qu'il faut accorder le bénéfice de l'ignorance des lois ? et d'ailleurs, il faut se rappeler que madame Pescatore n'est pas française d'origine, et c'est bien le cas de répéter, avec l'arrêt rendu par la cour de Bordeaux dans une espèce analogue, « qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir ignoré les lois d'un pays auquel elle » était étrangère. » Je ne m'étendrai pas davantage, Monseigneur, sur ces différents arguments qui empruntent encore plus de gravité et d'importance aux faits de la cause qu'aux principes du droit. Toutefois, ce que j'en ai dit suffira, je l'espère, à vous montrer que cette affaire n'est pas indigne de la faveur que l'on a toujours accordée au mariage. Sur ce point toutes les législations sont d'accord.

La loi canonique, qu'on prétend retourner contre notre cause, n'a-t-elle pas souvent manifesté sa sollicitude pour le maintien des mariages contre lesquels des passions cupides dirigeaient leurs attaques ? Entre beaucoup d'autres, quelle preuve éclatante n'en offre-t-elle pas dans l'institution du *defensor matrimonii*, de cette espèce de ministère public spécial, qui, au nom de la société, dont un des plus chers intérêts est menacé, prend en main la défense de l'union conjugale, la relève et la porte de juridiction en juridiction, ne l'abandonnant que quand il n'est plus permis d'espérer ?

Le même esprit anime notre législation civile. Il se révèle dans un grand nombre des dispositions du Code Napoléon, et un de nos jurisconsultes a indiqué dans quel sens il fallait en chercher l'interprétation, en disant : « *Il vaut mieux supposer que les lois ont été observées dans la célébration du mariage, que de croire à ceux qui l'attaquent par intérêt, avec des suppositions négatives.* »

Permettez-moi, Monseigneur, de vous rappeler combien je suis, de Votre Eminence, le très dévoué et très respectueux serviteur,

CHAIX D'EST-ANGE.

Digitized by Google

RÉPONSE DE MONSEIGNEUR LE CARDINAL ARCHEVÊQUE DE REIMS

A M. CHAIX D'EST-ANGE, Avocat.

MONSIEUR,

J'ai reçu la letre que vous m'avez fait l'honneur de m'écrire pour me demander mon avis sur une question de droit canonique. A la lecture de cette lettre et des *conclusions pour M. Guillaume Bonaventure Pescatore*, etc., que vous avez bien voulu me communiquer, j'ai compris qu'il s'agissait de savoir si le mariage de M. J.-B. Pescatore avec la dame Anne-Catherine Weber, était canoniquemment valable ou sans valeur. Or, après avoir examiné les faits tels qu'ils sont rapportés dans votre lettre et les pièces justificatives qui l'accompagnent, je suis demeuré convaincu qu'on ne peut soulever aucune difficulté grave, aucun doute sérieux contre la validité et même la licité dudit mariage; car il a été contracté suivant les règles et les formes prescrites par le concile de Trente, qui seul régit la matière dans toutes les paroisses et communes d'Espagne.

Je me dispense de prouver ici ce que j'avance, parce que je n'aurais qu'à répéter ce que vous avez dit dans votre lettre, où les preuves m'ont paru surabondantes. Les objections qui ont été ou qui pourraient être faites, contre vos conclusions, seraient sans valeur aucune aux yeux même de ceux qui ne connaissent que les éléments du droit canon : on ne pourrait attaquer le susdit mariage qu'en détruisant les faits rapportés dans votre lettre et consignés dans les lettres de monseigneur l'archevêque de Paris et de M. le cardinal Donnet, archevêqne de Bordeaux, faits qui seraient, au besoin, confirmés par la correspondance entre M. Pescatore et ses parents.

Agréez, Monsieur, l'assurance de ma parfaite considération.

LE CARDINAL GOUSSET,

ARCHEVÊQUE DE REIMS.

Paris, le 27 juin 1856.

Digitized by Google

Digitized by Google

LES CONSEILS SOUSSIGNÉS,

Qui ont lu avec une sérieuse attention :

1° L'acte de célébration de mariage contracté entre M. et Mme Pescatore, en Espagne, le 8 novembre de l'année 1851, dans la paroisse de Sainte-Marie, de la ville de Renteria, province de Pampelune, devant le vicaire de cette paroisse, acte dûment transcrit sur les registres de l'église paroissiale, et dont un extrait régulier, compris dans l'inventaire des papiers du défunt, est sous les yeux de la justice. Il est dit dans cet acte que le *Prêtre, avec les paroles d'usage et selon les rites de notre sainte mère l'Église catholique romaine*, a procédé audit mariage et l'a béni en présence de deux témoins y dénommés, en foi de quoi il a signé ;

2° Les dispenses de publications accordées par les trois prélats des trois résidences des futurs époux ; à savoir : par l'Archevêque de Paris, pour la résidence de Paris; par l'Évêque de Versailles, pour celle de la Celle-Saint-Cloud, et enfin par l'archevêque de Bordeaux, pour celle de Giscourt, près de Bordeaux, où le futur époux possédait d'importants vignobles, et où ils résidaient habituellement pendant la saison des vendanges. Il est à remarquer que les dispenses données par Mgr l'archevêque de Paris, et par celui de Bordeaux, accordent, outre la dispense des bans, *l'autorisation* de procéder au mariage hors de leur ressort. Les deux dispenses des deux archevêques de Bordeaux et de Paris sont datées du même jour, 21 octobre 1851 ; mais la dernière énonce qu'elle a été accordée *sur le témoignage de monseigneur de Bordeaux*, et suppose une correspondance antérieure entre les deux prélats à l'occasion de ce mariage, et, en effet, dans une déclaration émanée de l'archevêque de Paris, et qui est produite au procès, il est rappelé que monseigneur de Bordeaux *avait antérieurement écrit à monseigneur de Paris, pour lui exposer les circonstances spéciales où se trouvaient les époux ;*

Vu de plus l'autorisation de *procéder au mariage* de deux Français, donnée au curé de Renteria par son supérieur ecclésiastique, monseigneur l'évêque de Pampelune, et datée

Digitized by Google

du 4 novembre 1851, autorisation dans laquelle il est énoncé que *la femme qui était protestante a abjuré et s'est faite catholique, après avoir été instruite par monseigneur l'archevêque de Bordeaux, et que c'est le futur époux qui désire que l'on célèbre ici son mariage.*

Toutes ces dispenses et autorisations sont rappelées dans l'acte de célébration, et le Curé déclare que les originaux sont restés en sa possession ;

Vu les nombreuses lettres des frères, sœurs, neveux et nièces du sieur Pescatore, écrites avant ou depuis son mariage, même après sa mort, spécialement celles qui lui ont été adressées en réponse à la notification qu'il venait de faire à sa famille de ce mariage, et dans lesquelles tous et chacun de ses parents s'empressent de le féliciter de cette union.

« Je suis heureuse de voir, lui écrivait sa sœur Thérèse, que, par cette union, vous » vous êtes assuré pour toujours un dévouement qu'une circonstance ou l'autre pouvait » vous enlever ; indépendamment de cela, cette dame, ayant tout fait pour vous rendre » la vie heureuse, méritait une position plus franche dans votre maison. Tout cœur bien » placé ne peut donc que vous approuver. Il ne me reste plus qu'à désirer de faire la con- » naissance de ma belle-sœur, que je ne connais que par les éloges que tous les miens » m'ont faits d'elle, etc.

» Vous êtes de ces hommes qui savent toujours où ils vont, écrivait le neveu » M. Mennechen, avocat, et qui achèvent ce qu'ils entreprennent. La décision prise par » vous doit contribuer à votre bonheur, et, à ce titre, je la salue avec joie. Je dois » même dire que je l'ai pressentie, il y a un an, comme étant le résultat auquel la né- » cessité de votre bonheur domestique vous conduirait. Vous avez bien fait. Il faut, du » reste, et en définitive, une récompense à chaque dévouement. Pour moi, qui ai tou- » jours entouré Mme Weber des égards et de l'attachement dus à la femme qui était » l'objet de vos sympathies, de votre confiance, de vos propres égards, j'offre les senti- » ments d'affection et de respect à la tante Pescatore. »

« Nous aimons tout ce qui peut contribuer à votre bonheur, disait la dame Victorine » Guerick, femme Guillaume Pescatore, et dans cette circonstance particulière, je prie » Dieu avec plus de ferveur de vous rendre heureux tous les deux autant que vous » méritez de l'être.

» Tout ce qui est dans l'ordre des idées qui ne contrarient en rien un nom sans » tache, lui écrivait son frère Antoine Pescatore, en même que cela ajoute à la somme » de bien-être, me convient aussi, etc.

» Que de fois, s'écrie la nièce Lilia Dutueux, étant auprès de vous, mon cher oncle, » j'ai eu le désir de vous parler de ce mariage, mais ma position de nièce ne me per- » mettait pas de vous donner un conseil que vous ne me demandiez pas et qui aurait pu » vous sembler un blâme pour le passé. Je faisais des vœux intérieurement qui sont » exaucés en ce moment, je l'espère.

» Je partage avec Lilia, dit le neveu Dutueux, le plaisir que nous a fait l'annonce que » renferme votre lettre du 8 écoulé (8 octobre 1851) et vous prie d'agréer mes félicita- » tions les plus sincères pour votre *résolution*. Vous trouverez dans votre conscience une » satisfaction sans pareille qui ira en augmentant de jour en jour. (Cette lettre est

Digitized by Google

» du 3 novembre 1851), également antérieure au mariage dont la résolution avait, on le » voit par ces lettres, été communiquée à la famille avant la célébration.

» D'abord que j'ai reçu la nouvelle de ton mariage comme une chose à *laquelle je* » *m'attendais et qui était devenue une nécessité pour toi et une chose désirable pour tous tes pa-* » *rents qui ont véritablement le désir de voir leur famille honorée et aimée*, etc., lui écrit son » frère Guillaume, je t'envoie avec une confiance fraternelle l'expression simple et toute » naturelle que je donne en ma qualité de frère à un acte qui identifie encore plus à ta » propre existence celle d'une personne dont tu as ainsi reconnu dignement les soins et » un dévouement incontestable.

» Veuillez, mon cher oncle, lui écrivait M. Nothomb, le remerciant d'un service » qu'il venait de lui rendre, présenter mes respects les plus affectueux à ma tante. *En* » *écrivant ce titre pour la première fois, il me semble l'avoir toujours fait,* car elle m'a cons- » tamment témoigné les sentiments d'affection qu'il comporte.

Dans une lettre du 19 décembre 1851, le même M. Nothomb écrivait : « Étant allé » voir dimanche ma famille, ma belle-mère m'a annoncé de la part de l'oncle Antoine, » *votre mariage avec madame Weber*. Je suis, sans doute, le dernier à vous exprimer des » félicitations au sujet de cet événement, c'est que j'ai été le dernier, probablement » aussi, à le connaître.

» Elles n'en sont pas moins vives et sincères, car j'ai reçu et je reçois encore de » vous trop de marques de bonté pour que je puisse rester indifférent à tout ce qui tou- » che votre bonheur. L'acte que vous venez de faire doit le consolider d'une manière » *durable et digne de votre grande position*, en liant par un *nœud sacré* à votre destinée une » personne dont vous avez *dû apprécier le profond attachement.*

» *Pour ma part, je témoigne à madame Weber, aussi cordialement que je le puis, par une* » *lettre, la satisfaction que son union avec vous m'inspire.* Elle aussi a toujours été pour moi » *bonne et affectueuse*; mes sentiments d'affection lui étaient depuis longtemps acquis et » la position nouvelle qu'elle occupe dans votre vie ne fera que les augmenter.

» Veuillez, mon cher oncle, les exprimer à madame Weber en lui présentant mes » respects. Ma femme s'associe à ma pensée et me charge de vous présenter ses » devoirs. »

Le même M. Nothomb, faisant part de sa nomination de Ministre de la Justice en Belgique, à M. Pescatore, lui dit, « *veuillez faire part de cette nouvelle à ma tante.* »

On le voit, depuis le mariage, la Consultante était initiée aux événements grands et petits de la famille.

Ces lettres dont nous ne citons qu'une partie, offrent toutes, dans les termes les plus expressifs, non seulement la reconnaissance, mais l'approbation et même l'explication du mariage attaqué. Les uns l'approuvaient au nom de la reconnaissance comme prix mérité par un long dévouement ; les autres, comme devenu nécessaire au bonheur du sieur Pescatore ; les autres comme un acte de conscience que l'honneur du nom et de la famille réclamaient ; les autres comme une satisfaction donnée à la morale et à la religion. Tous le pressentaient, le désiraient, et le regardaient non seulement comme un événement heureux, mais comme une nécessité.

Digitized by Google

Vu les testaments du sieur Pescatore, et spécialement le legs par lequel il témoigne sa reconnaissance à l'archevêque de Bordeaux, pour le concours de ce prélat dans son mariage ;

Vu la note consultative adressée par notre confrère, Me Chaix-d'Est-Ange, à monseigneur l'archevêque de Reims, sur les questions canoniques de la cause ;

Vu, enfin, les conclusions des héritiers Pescatore, qui consentent à l'exécution des legs particuliers laissés à la Consultante dans les deux testaments de son mari, mais lui dénient ses droits comme femme commune en biens, et pour cela, lui contestent la validité de son mariage, se fondant sur ce que ce mariage n'aurait pas, selon eux, satisfait aux conditions prescrites par les art. 170 et 171 du Code civil, en ce que, premièrement, il n'aurait pas été contracté selon les dispositions du Concile de Trente, qui régit les mariages faits en Espagne ; deuxièmement, il n'aurait été ni précédé des publications, ni suivi de la transcription en France, voulues par la loi française ; que ce mariage aurait donc, selon les héritiers, tous les caractères d'un mariage *clandestin* essentiellement nul. Ils ajoutent qu'il y a même lieu de présumer que dans la pensée des parties, cette célébration, faite en Espagne, d'un mariage entre personnes majeures et en pleine possession de leurs droits, n'aurait eu d'autre but *que de faire taire les scrupules pieux de quelques amis ou d'autre cause, que l'impossibilité où aurait été la Consultante d'établir la mort de son premier mari, père de l'enfant qu'elle a avec elle.*

La dame Pescatore repousse ces conclusions, comme outrageant tout à la fois son honneur de femme et méconnaissant ses droits d'épouse légitime et reconnue de M. Pescatore. Elle demande si son mariage n'a pas été contracté selon les formes usitées en Espagne ; s'il n'est pas irréprochable aux yeux de la loi canonique qui régit les mariages faits en ce pays ; si le défaut de publication et de transcription en France, de ce mariage, le rend nul et d'une nullité absolue ; si les circonstances de la cause ne doivent pas, dans tous les cas, couvrir cette irrégularité et faire repousser la demande en nullité des collatéraux.

Avant de nous expliquer sur les différents points de droit qui nous sont soumis, il importe de dégager la cause de cette insinuation par laquelle se terminent les conclusions des adversaires de la Consultante. Cela est nécessaire, non seulement pour la moralité de la cause, mais encore pour la solution des questions de droit que nous avons à résoudre. S'il était vrai, en effet, que, lors du mariage célébré entre M. et Mme Pescatore, le 8 novembre 1851, en Espagne, il existât un précédent mariage, dans les liens duquel se serait trouvée la future épouse, et que l'impossibilité pour elle de prouver la dissolution de ce premier mariage eût été le motif pour lequel les parties contractantes se seraient adressées à un prêtre étranger et auraient supprimé toute publicité préalable en France ; alors, il faudrait reconnaître qu'en fait la Consultante aurait étrangement abusé des choses saintes, et qu'en droit son mariage serait nul, non parce qu'il n'aurait pas satisfait à la formalité intrinsèque des publications préalables en France, mais parce que ce défaut de publication n'aurait été, pour elle, qu'un moyen de frauder la loi et d'échapper à ses justes sévérités. Dans un tel cas, ce ne serait pas seulement les héritiers collatéraux qui pourraient dénoncer cette fraude à la justice, ce serait le ministère

Digitized by Google

public qui devrait se déclarer partie jointe, et même faire ses réserves au nom de la vindicte publique.

Que si, au contraire, comme l'affirme la dame Pescatore, avec la juste indignation de l'honneur outragé, l'insinuation des collatéraux est une calomnie, si elle n'a jamais été mariée, si, par conséquent, elle était parfaitement libre le jour où M. Pescatore lui a solennellement donné, sous la sanction de la religion, le titre d'épouse légitime, on ne peut que s'étonner et s'affliger de rencontrer dans un document judiciaire, aussi sérieux que le sont des conclusions signifiées, une assertion aussi téméraire.

Ce point étant écarté de la cause, les soussignés n'hésitent pas à adopter les solutions suivantes :

1° Le mariage contracté le 8 novembre 1851, par M. et Mme Pescatore, devant le vicaire de la paroisse de Renteria, est conforme aux dispositions du Concile de Trente, qui régit les mariages contractés en Espagne ; sa validité, en Espagne, n'y serait pas sérieusement contestée ;

2° Le défaut de publications et de la transcription prescrites par les articles 170 et 171 du Code civil, ne suffit pas pour produire la nullité du mariage ;

3° Cette nullité ne serait dans aucun cas absolue ; et elle laisserait aux juges le droit d'apprécier les circonstances de la cause ; or, ces circonstances sont de nature à écarter toute demande en annulation du mariage contracté de fonne foi et sans fraude par les parties en Espagne.

PREMIÈRE PROPOSITION.

Le mariage est conforme aux prescriptions du concile de Trente.

Les héritiers contestent cette conformité par deux raisons. La première, que les bans religieux n'avaient pas été préalablement publiés; la seconde, que le mariage n'a pas été béni par le propre curé de l'une des parties, *proprio parocchio*, mais par un prêtre complètement étranger aux futurs époux et dans la paroisse duquel ils n'avaient acquis ni le domicile conjugal, ni le quasi-domicile, ni même fait une résidence prolongée.

Sur la première de ces infractions prétendues, nous rappellerons que le Concile de Trente, n'attache nulle part la peine de nullité à l'absence des bans de mariage: « Per- » sonne n'ignore, dit d'Aguesseau, que la publication des bans n'est pas consi- » dérée comme une cérémonie qui soit de l'essence du Contrat ou du Sacrement. » *Tenendum est*, dit Sanchez, *denuntiationes non esse essentiâ matrimonii.* » Qu'en outre, à la différence de notre Code qui n'autorise, dans aucun cas, la dispense de *toutes* les publications, le Concile de Trente autorise formellement les évêques à dispenser les parties de tous les bans. Il ne reste donc à examiner que ce seul point, à savoir si, dans l'espèce, les époux Pescatore, qui se sont mariés en Espagne, étaient aux yeux de la loi

Digitized by Google

espagnole, c'est-à-dire de la loi canonique, régulièrement dispensés de toute publication préalable des bans de mariage.

Or, dans la cause, nous trouvons non seulement les dispenses nécessaires, mais une véritable surabondance, une sorte de luxe de dispenses. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux pièces que nous avons ci-dessus visées ; on pourrait dire que le scrupule des parties pour se conformer en ce point à la loi canonique a été porté jusqu'à l'excès.

Ainsi, ce n'est pas seulement l'archevêque de Paris, dans la juridiction ecclésiastique duquel était le domicile du futur époux, qui donne les dispenses de ban, ce qui eût été bien suffisant, c'est même l'évêque de Versailles, dans le diocèse duquel les parties contractantes ont leur résidence d'été, qui donne également ces dispenses. Ce n'est pas tout, l'archevêque de Bordeaux compte aussi, pendant une partie de l'année, les futurs époux parmi ses paroissiens, il a même instruit la future épouse dans la religion catholique, elle a abjuré dans ses mains, elle est sa brebis au titre le plus sacré. C'est lui qui a reçu sa confession intime, qui, après l'avoir fait entrer dans la voie du salut éternel, a voulu concourir à régulariser, à légitimer sa position dans ce monde. Eh bien! à tous ces titres, lui aussi pouvait avoir des droits comme pasteur de choix et de prédilection de la future épouse, et il accorde également des dispenses de bans. Ce n'est pas tout encore : comme toutes ces dispenses, quoique accordées très régulièrement, très compétemment à deux Français par les prélats dont ils relevaient religieusement à un titre quelconque, étaient remises à un curé étranger ; le supérieur ecclésiastique de ce curé, l'évêque de Pampelune, vient encore joindre son intervention à celles des prélats français et régulariser dans tous les cas le mariage par sa propre autorité.

Assurément, après de telles justifications, il nous paraît impossible de soutenir que les parties n'étaient pas suffisamment et régulièrement dispensées des bans de mariage aux yeux de la loi canonique et que le Concile de Trente aurait été violé par elles de ce chef.

Cependant, trois reproches sont faits par les héritiers à ces dispenses : premièrement, il y est dit qu'elles sont accordées, *sous la réserve qu'il y a cause de dispense et pas d'empêchement*. Or, disent les héritiers, on ne justifie pas qu'il y avait réellement des causes de dispense.

Secondement, la dispense accordée par l'archevêque de Paris donne, à la future, le prénom de *Julie*, qui ne lui appartient pas.

Troisièmement, elle est adressée au curé de Sainte-Marie, paroisse du diocèse de Bordeaux, et non au curé de Renteria, en Espagne.

Ces reproches sont sans valeur. Cette réserve, *s'ils sont dans le cas d'une dispense légitime ou si vous ne connaissez aucun empêchement canonique ou civil*, est de style. Elle se retrouve dans les trois dispenses des trois évêques. Elle a pour objet, de réserver le cas où un empêchement nouveau et ignoré du prélat qui a accordé les dispenses viendrait à la connaissance du prêtre officiant et d'autoriser celui-ci, dans ce cas, à sursoir au mariage. Or, ce cas ne s'est pas réalisé, puisque le prêtre a procédé au mariage. Comment les héritiers auraient-ils la prétention de faire discuter, par la justice civile, la question de savoir s'il y avait réellement, pour les futurs époux, des causes légitimes de dispense, si les dispenses accordées l'ont été justement ou injustement, si le prêtre officiant a eu ou non connaissance d'empêchements survenus depuis ces dispenses? Qu'entend-on d'ailleurs

Digitized by Google

par ces mots : *dans le cas de dispense légitime*? est-ce que la loi canonique spécifie ces cas, et si elle les spécifie, ses dispositions seraient-elles limitatives ou simplement énonciatives ? N'est-ce pas à l'autorité compétente, en pareille matière, à décider des causes de dispense, et le fait seul de la dispence ne fait-il pas supposer qu'elle a été accordée? *Cognitâ causâ et approbatâ*. Qui ne voit que ce sont là autant de questions de conscience religieuse, dans lesquelles on ne peut penser à faire intervenir la justice civile avec ses règles rigoureuses et absolues.

D'ailleurs, en fait, serait-il bien difficile de trouver dans la situation des parties, cette justification, cette cause légitime de dispense qu'on nous demande. « *Causa est, dum* » *aliqui concubinarii existimati diù conjugati*. » Ce passage de Sanchez, qui fait autorité en cette manière, ne semble-t-il pas fait pour la cause?

Le second reproche ne nous paraît pas plus sérieux; qu'importe, en effet, que, dans la transcription des dispenses, il se soit glissé une erreur sur les prénoms de la Consultante, qu'on lui ait donné celui de Julie, qui ne lui appartient pas, qu'importe ! s'il ne peut s'élever aucun doute sur l'identité de la personne à laquelle les dispenses ont été accordées. Et comment pourrait-il s'en élever, dans l'espèce, à l'égard de la Consultante, alors qu'on voit que les dispenses qui ont été accordées par l'archevêque de Paris, l'ont été sur le témoignage de l'archevêque de Bordeaux, et après une correspondance, dans laquelle le dernier de ces prélats avait instruit la première de la situation spéciale des parties.

Le troisième reproche, relatif à l'adresse des dispenses, n'est pas mieux fondé. Qu'importe en effet à qui les dispenses aient été adressées, au moins en ce qui concerne la publication des bans ; c'est aux parties qu'elles sont délivrées et dans leur intérêt. Il suffit qu'elles en justifient au prêtre qui célèbre le mariage avant cette célébration. Il n'est nullement indispensable qu'elles lui soient adressées directement.

D'ailleurs les dispenses de l'archevêque de Bordeaux ont été adressées directement au curé de Renteria, et cela suffisait pour sa responsabilité morale et religieuse. Enfin, ce prêtre était autorisé par son évêque, et, en cette matière, la décision de l'évêque diocésain est souveraine.

Il n'y a donc rien de sérieux dans les objections élevées contre les dispenses des bans religieux. La loi canonique, sous ce rapport, avait reçu une entière satisfaction.

En est-il de même sous le rapport de la compétence du prêtre qui a béni le mariage? Le prêtre qui a marié M. et Mme Pescatore n'était pas leur prêtre paroissial ; les futurs époux n'avaient pas acquis dans sa paroisse le domicile même religieux, il n'y ont séjourné que le temps nécessaire pour se marier ; est-ce là un cas d'abus, une cause de nullité aux yeux de la loi canonique, c'est-à-dire du Concile de Trente ?

Il ne faut pas examiner cette question avec les préoccupations du Code civil français. Aucune assimilation ne peut être établie entre le maire d'une commune et un prêtre. L'un n'a qu'un caractère accidentel, l'autre a un caractère indélébile ; l'un n'a qu'une fonction concédée, temporaire, essentiellement limitée ; l'autre a une mission sainte qui le suit partout. Le maire, hors de sa commune, n'est plus rien ; le curé, hors de sa paroisse, est toujours prêtre.

Aussi un maire ne peut-il, sous l'empire de notre Code civil, déléguer ses pouvoirs à un autre maire; tandis que le Concile de Trente autorise formellement le prêtre

Digitized by Google

paroissial à déléguer ou plutôt à autoriser un autre prêtre. *Presente parocchio ve de ejus licentiâ.*

Notre ancien droit français, bien plus rigoureux que le droit espagnol et italien, dans ses applications du Concile de Trente, admettait ce même droit de délégation, ou plutôt d'autorisation donnée à un prêtre étranger. L'Edit rendu précisément pour renforcer par des défenses très sévères et par des pénalités rigoureuses, la nécessité de faire bénir le mariage par le propre curé des parties, contient la disposition suivante :

« Défendons à tous curés et prêtres, de conjoindre au mariage autres personnes » que ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens.... *si ce n'est qu'ils aient une* » *permission spéciale et par écrit du curé des parties qui contractent* ou de l'archevêque ou » évêque diocésains. »

Ce droit de délégation ou de permission dérivait, en effet, tout naturellement du caractère du prêtre, qui est essentiellement universel. L'Eglise catholique est universelle et ses ministres ont le même caractère d'universalité. Un prêtre peut administrer en *tous lieux* et à *tous*, les sacrements : Que si l'exercice de son ministère est circonscrit dans certaines limites, cela ne tient pas à l'insuffisance de ses pouvoirs, mais à la délimitation purement disciplinaire des paroisses et des diocèses. Lors donc que le prêtre d'une paroisse autorise un autre prêtre à marier un de ses paroissiens, il ne fait que lever, à l'égard de ce dernier, l'obstacle disciplinaire qui s'opposait à ce qu'il procédât vis-à-vis de personnes qui ne font pas partie de la paroisse ; il n'ajoute rien aux pouvoirs inhérents à son caractère de prêtre. Il le met seulement en règle, vis-à-vis de la discipline et de la hiérarchie. Aussi le mot *délégation* est-il impropre, ce n'est pas celui dont se servent le Concile et l'Edit. *Licentia*, dit le Concile, *permission* dit l'Edit.

On ne pourrait pas s'expliquer, après ces observations, l'objection tirée de l'incompétence prétendue de l'archevêque de Bordeaux, relativement au curé espagnol. Il ne s'agit pas, nous le répétons, de *juridiction;* sous ce rapport le curé de Renteria était parfaitement en règle, puisqu'il avait l'autorisation de son évêque diocésain, de son supérieur ecclésiastique : il s'agit de permission de *prêtre* à *prêtre* appartenant tous deux à une religion universelle, qui ne connaît ni limite, ni nationalité différentes, et dont les ministres portent partout leur caractère et leur sainte mission. Il s'agit non de pouvoirs proprement dits transférés de l'un à l'autre, mais d'un simple renoncement à un droit de circonscription.

Nous comprendrions encore moins cette prétention d'identifier l'archevêque de Bordeaux et le curé de Renetria, de manière à faire des deux prêtres, pour ainsi dire, une seule et même personne, afin d'en tirer cette conséquence, que ce serait l'archevêque de Bordeaux qui serait censé avoir fait le mariage lui-même, d'où résulterait qu'il n'y aurait dans la cause, selon les héritiers, qu'un mariage religieux fait par un prêtre français, par infraction ouverte à la loi française, qui veut que le mariage civil précède le mariage religieux. Cette identité prétendue ne saurait se justifier à aucun titre, le prêtre autorisé ne devient pas le prêtre autorisant, il conserve son individualité et son indépendance de prêtre officiant, et cela est si vrai que, dans l'espèce, le curé de Renteria n'a pas cru pouvoir procéder au mariage avant d'y être autorisé par son propre évêque. D'ailleurs, l'identité prétendue entre les deux prêtres autorisants et officiants, fût-elle réelle, et elle ne l'est pas, em-

Digitized by Google

porterait-elle l'identité des choses et des lieux. Par quelle fiction ferait-on qu'un mariage célébré en Espagne, serait réputé célébré en France? Ne voit-on pas que même un prêtre français qui irait célébrer un mariage en Espagne, s'il y était surtout autorisé par l'évêque diocésain, n'en ferait pas moins un mariage régi, quant à la forme, par la loi espagnole; car pour régler cette forme, il n'y a pas à s'occuper de la qualité des personnes contractantes ou officiantes, mais de la situation des lieux. Par quel abus de raisonnement d'une question essentiellement régie par les statuts réels, en ferait-on une question de capacité et de statuts personnels, et d'un mariage matériellement fait en Espagne, un mariage matériellement fait en France? Fonder une nullité sur de pareils abus de raisonnement, sur une fiction aussi contre nature et aussi forcée, ce serait une étrange nouveauté en jurisprudence.

Ainsi, au double point de vue de la publication des bans dont les parties étaient dûment dispensées, et de la juridiction paroissiale régulièrement transférée au prêtre qui les a mariés, nous pouvons affirmer que, religieusement, le mariage est parfaitement conforme aux règles de la loi canonique qui régit les mariages faits en Espagne, et que sa validité ne pourrait être sérieusement contestée dans ce pays; cette première condition de l'art. 170 du Code civil, *si le mariage a été célébré dans les formes usitées dans le pays*, est donc remplie.

Mais cela ne suffit pas, cet art. 170 ajoute: *pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art.* 65, *au titre des actes de l'Etat civil et que le Français n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent.* L'art. 171, qui suit, exige en outre que, *dans les trois mois, après le retour du Français dans sa patrie, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, soit transcrit sur les registres de l'Etat civil du lieu de son domicile.*

Nous ne faisons aucune difficulté de reconnaître que ces publications voulues par l'art. 170 doivent avoir lieu en France et que la dispense des bancs religieux ne saurait y suppléer.

DEUXIÈME PROPOSITION.

Des conséquences légales de l'omission de publication et transmission prescrites par les articles 170 *et* 171 *du Code civil.*

Or, en fait, ces publications et transcriptions n'ont pas eu lieu: quelles sont les conséquences légales, *dans la cause*, de cette irrégularité?

A l'égard du défaut de la transcription, nous n'en dirons que peu de mots.

L'art. 171 contient une simple recommandation à laquelle n'est attachée, ni directement, ni même indirectement, aucune peine de nullité. Or, en cette matière, moins encore qu'en toute autre, les nullités ne sauraient jamais se suppléer.

Aussi ne s'est-il produit aucune opinion sérieuse pour faire dériver la nullité d'un mariage, de ce fait, qu'il n'aurait pas été transcrit en France.

On s'est seulement demandé quel pourrait être l'effet de ce défaut de transcription à l'égard de tiers qui, par exemple, auraient contracté de bonne foi avec l'un des époux, dans l'ignorance d'un mariage fait à l'étranger et non transcrit en France. Si, par exemple, l'hypothèque légale de la femme peut produire son effet, en France, avant que le mariage n'y soit transcrit?

Digitized by Google

Les auteurs les plus graves, M. Troplong, entre autres, n'hésitent pas à décider, que le mariage étant légitime en lui-même, doit produire tous ses effets. Que seulement, s'il résultait quelque dommage pour un tiers du défaut de transcription du mariage, le mari chargé de cette transcription, pourrait être condamné à réparer ce dommage par application du principe qui veut que chacun répare le dommage causé par son fait et par sa négligence.

Remarquons, en outre, que le délai de trois mois n'est pas dirimant; que la loi n'indique aucune préremption ou déchéance, et qu'il est généralement admis que la transcription peut être faite après l'expiration des trois mois, même après la mort de l'un des époux.

Voir l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 juin 1829, *rapporté dans la* Jurisprudence Générale *de Dalloz, verbo mariage, page* 268 :

« Attendu, porte cet arrêt, que l'article 171 ne porte ni nullité du mariage, ni » déchéance, dans le cas où le mariage ne serait pas transcrit dans les trois mois, et » qu'il ne peut être permis aux tribunaux d'admettre des nullités ou des déchéances qui » ne sont pas établies par la loi, etc. »

Quant au défaut des publications préalables en France, et à ses conséquences sur la validité du mariage, la question a plus de gravité.

Sous l'ancienne législation, les Français ne pouvaient se marier à l'étranger sans l'autorisation du roi. Notre Code civil, plus libéral et surtout plus favorable aux mariages, a affranchi les mariages à l'étranger de toute autorisation préalable. Il a fait plus, il leur a appliqué presque sans restriction le bénéfice de la règle consacrée par son article 47, la vieille règle, *Locus regit actum.* Ainsi, quelque importantes que soient en France les solennités civiles établies par la loi pour constituer un mariage; bien qu'à ces solennités se rattachent des questions de l'ordre le plus élevé, qui tiennent à la séparation des pouvoirs spirituel et temporel; cependant, le législateur a fait prévaloir sur tous ces intérêts, la faveur due aux mariages. Selon le pays où le mariage s'accomplit, toutes ces solennités françaises, non seulement peuvent se modifier, se transformer, mais même disparaître pour faire place tantôt à une simple cérémonie religieuse, tantôt au seul consentement donné dans une certaine forme, sur les pages d'une Bible, par exemple, comme à New-York ; tantôt à un simple fait de cohabitation ou d'une possession notoire qualifiée *réputation*, comme à Philadelphie. La loi française n'a apporté aucune restriction, dans son cosmopolisme libéral, quant à la forme du mariage; elle ne distingue pas entre la civilisation la plus exigeante et la barbarie la plus tolérante; entre la pompe des cérémonies catholiques et la simplicité toute puritaine des Américains: Non ; tout mariage fait à l'étranger est valable à ses yeux, pourvu qu'il ait été contracté dans la forme usitée dans le pays. Il est vrai que cette tolérance ne s'étend qu'à la *forme* seulement, qu'en tout ce qui tient à la capacité personnelle, la loi française conserve son plein empire sur le Français, et le suit partout, même aux extrémités de la terre.

Or, les véritables conditions constitutives du mariage appartiennent au statut personnel auquel on ne peut échapper. Ainsi, l'âge, le consentement, l'autorité paternelle, les liens d'un premier mariage, les prohibitions de parenté, etc., tous ces éléments qui tiennent à l'essence même du mariage, restent régis par la loi française en quelque lieu

Digitized by Google

que se contracte le mariage. *Le Français* en se déplaçant, en passant à l'étranger, ne peut se soustraire qu'à de simples formalités extrinsèques plus ou moins importantes, mais qui ne constituent pas, à vrai dire, le mariage: Il n'y a pas là un grand danger. Telle est l'économie des art. 47 et 170 combinés du Code civil.

Mais les choses ne se tranchent pas toujours d'une manière aussi absolue dans les faits que dans des définitions purement théoriques : il se peut que la forme intéresse le fonds et que la tolérance accordée sur les formes serve à éluder le droit français sur la capacité personnelle. Il fallait y pourvoir. De là, cette obligation imposée par l'art. 170, de publier préalablement le mariage en France, et de respecter toutes les dispositions de la loi française relatives à la capacité personnelle des contractants.

Le premier Consul, à l'occasion des publications exigées dans l'art. 170 disait, qu'il ne fallait pas demander ce qui souvent serait impossible d'accomplir à la distance où les époux étaient de la France ; qu'il fallait se contenter d'exiger que les dispositions du chapitre 1er (celles relalives à la capacité) ne fussent pas violées, et M. Tronchet répondait que c'était précisément *pour que ces dispositions ne fussent pas violées que ces publications étaient exigées.* (Voir Locré, Législation, t. 4, p. 351, n° 20),

Ainsi, voilà bien fixé par le Législateur lui même, le véritable caractère de cette formalité de la publicité préalable en France des mariages faits à l'étranger. Ce n'est qu'une précaution, une garantie pour que le Statut personnel ne puisse jamais être violé, à l'aide de la règle : *Locus regit actum.* N'en doit-on pas conclure que cette formalité n'est pas une condition absolue et intrinsèque au mariage ; qu'elle a une portée et une utilité toute *relative*, et que lorsque le mal qu'elle a eu pour but d'empêcher, à savoir, la violation de quelques-unes des dispositions du chapitre 1er, celui qui règle la capacité personnelle des parties contractantes, ne s'est pas produit, il y aurait inconséquence à faire sortir de l'infraction à cette formalité une nullité radicale et absolue.

Telle est, en effet, l'opinion à laquelle se sont ralliées à peu près tous les auteurs, et qui forme aujourd'hui le dernier état de la jurisprudence.

Il faut le reconnaître, le texte de la loi s'accorde avec cette solution, qui ressort du but et de la portée de la formalité elle-même.

L'expression *pourvu que*, par son caractère restrictif, avait d'abord jeté quelques doutes sur le vrai sens de l'article 170. Certains auteurs, M. Delvincourt entre autres, y voyaient une clause implicite de nullité. Des arrêts avaient même d'abord consacré cette interprétation, mais la discussion se continuant, un examen plus réfléchi a ramené toutes les opinions à une appréciation plus vraie et plus juste de la loi.

Un premier tort de l'opinion, qui faisait sortir une nullité de cette expression *pourvu que*, employée par le législateur dans l'article 170, était de créer en cette matière une *nullité implicite*, alors que toutes les nullités en fait de mariage sont *expresses ;* qu'un chapitre spécial est consacré à énumérer et spécifier toutes et chacune de ces nullités et que ne s'y trouve pas compris, le défaut de publication en France des mariages faits à l'étranger.

Une autre erreur était de ne tenir aucun compte de l'économie grammaticale de l'article, de diviser deux membres de phrases, qui, dans cet article, sont réunis.

L'article 170 dit, en effet, que le mariage à l'étranger est valable, pourvu qu'il ait

Digitized by Google

été publié conformément à l'article 65 *et qu'il n'ait pas contrevenu aux dispositions du chapitre précédent ;* si de ce mot *pourvu que* ressort une nullité, il en résulte que cette nullité s'applique non seulement au défaut de publication, mais aussi à la violation de toutes et chacune des dispositions contenues au chapitre précédent, car le mot *pourvu que* les embrasse également par la conjonction ET. Or, parmi ces dispositions, il en est plusieurs qui n'ont pas été prescrites à peine de nullité et ne devraient pas l'être à raison de leur peu d'importance ; ce qui est relatif à la forme des actes respectueux par exemple.

Que si, par suite de l'interprétation qu'on donnerait à ces mots *pourvu que* dans l'article 170, toutes les dispositions renfermées au chapitre Ier se trouvaient emporter nullité, l'économie de la loi en serait troublée et offrirait d'inextricables contradictions ; preuve de plus du danger qu'il y a d'admettre des nullités autres que celle qui sont *expressément* établies par la loi.

Et puis, toutes les fois que le législateur établit une cause de nullité en cette matière si importante des mariages, il a soin de spécifier par qui cette nullité peut être invoquée. Ainsi, dans l'art. 184, il admet toutes les personnes ayant intérêt à demander la nullité ; mais il s'agit d'inceste et de bigamie. Dans l'art. 191, il dispose que, *toute personne peut également attaquer le mariage* ; mais c'est au cas de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil, et c'est là un cas tout différent de celui qui est prévu dans l'art. 170 ; car autre chose est le défaut absolu de publicité et autre chose l'omission de publication.

Il y aurait donc, dans la loi qui régit le mariage, c'est-à-dire le plus important de la vie civile, un article qui produirait une *nullité*, sans l'exprimer et par simple induction, et de plus qui ne règlerait pas les conditions de cette nullité. Il ne serait dit ni par qui elle peut être demandée, ni comment elle peut être couverte. Cela est de tous points inadmissible. Il faut donc bien reconnaître que le législateur n'a pas plus entendu créer, dans l'art 170, de nullité pour le défaut de publication, qu'il n'a entendu en établir une pour la violation de toutes les dispositions du chapitre Ier. En ordonnant cette publication il a établi une prescription sage, il l'a même placée sous la sanction d'une peine pécuniaire, mais, quant à la sanction extrême de la nullité, il s'en est référé aux dispositions dans lesquelles il règle spécialement les demandes en nullité.

La jurisprudence ne pouvait que se rallier, et s'est ralliée, en effet, à cette interprétation. Le tribunal de la Seine a très catégoriquement jugé dans l'affaire *Claudon, C. Devillers,* par jugement du 26 mars 1841, que le défaut des publications exigées par l'art. 170 n'emporte pas nullité de mariage.

» Attendu, porte ce jugement, que l'art. 170 du code civil, en déclarant le mariage » contracté en pays étranger valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le » pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 65, n'a pas, » néanmoins, prononcé la nullité de ce mariage à défaut d'accomplissement préalable » de cette formalité, *que l'on ne saurait, dès lors, suppléer au silence de la loi.* »

Ce jugement est cité dans la jurisprudence générale de Dalloz, Vubo. *Mariage,* Page 268.

Digitized by Google

L'arrêt Commaille, rendu le 28 Juin 1841, par la Cour de Paris, a eu un certain retentissement. Il consacre cette même opinion.

« Considérant, porte cet arrêt, que le mariage contracté en pays étranger entre » deux Français, qui n'aurait pas été précédé des publications exigées par l'art. 170 du » Code civil, ne pourrait être attaqué de nullité que dans le cas ou *l'omission aurait eu lieu* » *dans l'intention formelle de faire fraude à la loi.* »

Même doctrine dans un arrêt de la Cour de Cassation du 18 avril 1841, cité dans le même ouvrage, page 268.

« Attendu, au surplus, porte cet arrêt, que l'art. 170 ne prononce pas expressé- » ment la nullité du mariage contracté à l'étranger, etc »

Cette opinion se trouve encore plus largement et plus doctrinalement développée dans un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 7 juin 1831, qui est cité au même recueil et qui semble un traité complet sur la question.

Elle l'a été plus récemment par un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 14 mars 1850. V. Dalloz, t. 7, 1853 pag. 2, pag. 178, par un arrêt de la Cour de Cassation, du 8 novembre 1853, Dalloz, T. 1854, 1re p. p. 421. Enfin, par un jugement du tribunal civil de la Seine, confirmé par arrêt de la Cour du 21 janvier 1854. V. Dalloz, 2 p. 213.

On doit tenir comme un point désormais définitivement et irréfragablement réglé par la jurisprudence, que le seul défaut des publications prescrites par l'art. 170 du Code civil, n'emporte pas la nullité du mariage contracté à l'étranger, si, d'ailleurs, ce défaut de publication n'est pas un moyen de faire fraude à la loi française et d'éluder une de ces dispositions fondamentales et d'ordre public auxquelles elle attache expressément la peine de nullité.

Et comme, dans l'espèce, les époux Pescatore, lorsqu'ils se sont mariés, étaient parfaitement libres, qu'ils n'avaient aucun empêchement dirimant à éluder, il en résulte qu'annuler leur mariage pour la simple omission de sa publication en France, ce serait suppléer une nullité qui n'est pas exprimée dans la loi; ce serait préférer une simple forme extrinsèque à la sainteté du contrat; ce serait donner un démenti à l'esprit général du Code, fausser l'esprit et violer le texte de l'art. 170 du Code civil.

Les héritiers Pescatore seraient encore moins autorisés à invoquer l'art. 191 du Code pour justifier leur demande en nullité. Cet article est ainsi conçu :

« Tout mariage *qui n'a point été contracté publiquement* et qui n'a point été célébré » devant l'officier public compétent, peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les » pères et mères, par les ascendants, par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, » ainsi que par le ministère public. »

Nous l'avons déjà fait remarquer, il s'agit, dans cet art., non de cette publicité spéciale restreinte, officielle, qui résulte de la publication prescrite par l'art. 170 du Code civil, mais de la publicité en général, de la publicité réelle du mariage. En un mot, dans l'art. 170, le législateur prescrit une simple formalité; dans l'art. 191 il proscrit la *clandestinité*, laquelle constitue un vice bien autrement radical que le simple inaccomplissement d'une forme extrinsèque.

« Ou il faut renoncer à toute législation sur les mariages, disait M. Portalis, dans

Digitized by Google

» son discours si justement célèbre sur le mariage, ou il faut proscrire la clandestinité,
» car, d'après la définition *des jurisconsultes, les mariages clandestins sont ceux qui n'ont été*
» *célébrés devant aucun officier public et qui ont été constamment ensevelis dans le mystère et les*
» *ténèbres*..... la nullité des mariages clandestins est évidente. »

Arrêtons-nous sur cette citation. Qui pourrait reconnaître, dans la définition que M. Portalis donne des mariages clandestins, l'union contractée par M. et Mme Pescatore ; qui, après avoir parcouru les pièces que nous avons visées en tête de cette consultation, pourra sérieusement appliquer à cette union le titre de *mariage clandestin!* Étrange clandestinité que celle dont quatre prélats éminents, l'archevêque de Bordeaux, celui de Paris, l'évêque de Versailles, l'évêque de Pampelune, se rendent les complices, et que leur concours solennel aurait d'ailleurs suffi à faire disparaître ! Singulier mystère que celui qui a pour confidents tant de personnages, tant de chancelleries, que toute la famille a connu d'avance, puisque ses félicitations devançaient le mariage. Un mariage est-il clandestin lorsqu'il a été publiquement, *officiellement* annoncé en France, en Belgique, partout où les époux avaient des relations, et qu'il a été suivi de la possession d'état la plus éclatante, possession prolongée pendant *cinq ans*, sans aucune interruption ni contestation. Est-ce là *ce mariage clandestin constamment enseveli dans le mystère et les ténèbres*, dont parle M. Portalis, et pour lequel l'article 191 a été fait ? Non : l'article 191 est complétement inapplicable à l'espèce !

Fût-il applicable, cet article 191 laisserait encore aux juges le droit d'apprécier les circonstances, et de valider ou d'annuler le mariage, selon cette appréciation. C'est notre troisième et dernière proposition.

TROISIÈME PROPOSITION.

Les circonstances de la cause, justement appréciées, suffiront à faire repousser, dans tous les cas, la demande en nullité.

S'il est un point établi par les textes combinés des articles 191, 192 et 193, et reconnu par la doctrine uniforme des auteurs, consacré par la jurisprudence tant ancienne que moderne, c'est celui que les juges, même dans le cas prévu par l'article 191, conserve le droit d'infirmer ou de valider le mariage, selon la gravité des circonstances.

Voyons d'abord le texte.

Dans le projet primitif soumis au Conseil d'État, l'article 191 portait que *le mariage serait radicalement nul.* Cette rédaction trop rigoureuse, trop absolue, a fait place dans le texte définitif, à cette rédaction toute facultative, *peuvent être attaqués.*

Aussi, le tribun, M. Boutteville, dans son discours au Corps législatif, disait :
« S'agit-il d'un mariage qui n'aurait pas été contracté avec la publicité voulue par la loi
» et devant l'officier incompétent, le législateur semble laisser, ainsi nous le persuadent
» du moins les sages conseils donnés par d'Aguesseau, à la prudence du magistrat, de

Digitized by Google

» peser ce que l'intérêt des mœurs et la paix des familles pourraient exiger de la sévérité » de son ministère.

Les principes de d'Aguesseau auquel se réfère l'orateur du Tribunat, principes qui ont inspiré la rédaction atténuée de l'article 191 du Code civil se trouvent développés dans son trente-troisième plaidoyer : V. le répertoire de jurisprudence, v° mariage.

« Pour se déterminer, y est-il dit, entre les préjugés opposés qu'on a coutume » d'apporter dans de pareilles affaires, il est nécessaire de considérer en premier lieu, » la nature des moyens d'appel comme d'abus, s'ils sont absolus ou relatifs..... » en second lieu, les preuves des moyens, si elles sont trop faibles ou suffisantes..... » en troisième lieu, l'importance des moyens, si les circonstances sur lesquelles ils sont » fondés sont peu considérables; ou si elles sont graves, telles que la séduction et la » fausseté; *s'il s'agit d'une alliance convenable ou même honorable* ou disproportionnée et » honteuse; *s'il y a eu de la bonne foi, ou de la mauvaise foi et de l'artifice*; ce qui a suivi le » ariage; *s'il a été connu ou ignoré des parents; s'ils l'ont approuvé ou s'ils ont témoigné » leur désapprobation;* s'il a été clandestin ou public. C'est en réunissant ensemble plu- » sieurs de ces différentes circonstances qu'on peut connaître de quel côté est l'intérêt » public; et *tous les arrêts concourent à établir que c'est cet intérêt qui doit être le fondement » de cette décision.* »

La jurisprudence des parlements s'était exactement conformée à ces conseils, aussi l'auteur du Répertoire affirme-t-il que, depuis 1750, *on compte plus de dix arrêts qui ont été rendus, conformément à ce principe, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier.*

La qualité des demandeurs et le mobile qui les faisait agir étaient aussi pris en grande considération dans cette jurisprudence. Les collatéraux étaient particulièrement très défavorablement accueillis lorsque, dans un simple intérêt pécuniaire, ils venaient attaquer un mariage auquel ils n'auraient pas eu le droit de s'opposer.

» Qu'un père, disait M° Camus, dans l'affaire d'Anne Leclercq, s'adresse à la » justice pour qu'elle le venge d'un fils qui a méprisé ses droits, elle se joint alors » volontiers à lui et déclare le mariage nul et abusif; mais que des collatéraux lui » défèrent un mariage sur lequel il était inutile de les consulter, elle perce l'extérieur » séduisant dont ils se parent et comparent l'avantage public de laisser à une femme.... » un état reconnu par la loi, avec l'unique motif de l'action des collatéraux, l'intérêt » pécuniaire; elle les déclare non recevables, souvent même sans qu'elle croie nécessaire » d'examiner sur quoi leurs plaintes son fondées. »

Merlin, qui rapporte ces citations si directement applicables à notre espèce, les termine par cette déclaration, « Que suivant le dernier état de la jurisprudence, toutes les » fois que ces deux circonstances se sont rencontrées, *honnêteté dans l'alliance et possession » d'état publique*, même dans des espèces ou le collatéral invoquait le moyen d'abus absolu » résultant du défaut de présence du propre curé, ce collatéral était repoussé. »

Nous avons vu que les rédacteurs de l'article 191 n'ont fait que donner un caractère législatif à cette doctrine tout à la fois si équitable, si morale et si sage. Les divers commentateurs du code et la jurisprudence l'ont adoptée.

« La publicité, dit Dalloz, dans la Jurisprudence, *V. mariage* page 311, est un fait » complexe auquel concourent plusieurs éléments. . . . . l'inobservation de l'une ou

Digitized by Google

» de quelques-unes des formalités, dont la réunion constitue la publicité, suffirait-elle » pour faire prononcer la nullité du mariage? Non ; évidemment ce serait de l'exagération » . . . . . Il faut donc que les tribunaux, en respectant le principe, aient la faculté d'exa- » miner jusqu'à quel point le mariage réunit les éléments constitutifs de la publicité et » de le déclarer valable ou nul, suivant qu'ils jugent la publicité qu'il a reçue suffisante » ou non. . . . . Les tribunaux ont donc un pouvoir en quelque sorte discrétionnaire pour » juger quand il y a ou il n'y a pas publicité suffisante d'un mariage. »

L'auteur cite, comme professant une opinion conforme à la sienne, *Malleville.* 1^er^, *page* 206. — *Toullier, tome* 1^er^, *page* 643. — *Duranton, tome* 1, *page* 336. — *Vazzeille.*

Dans un arrêt délibéré dans la Chambre du conseil et très fortement motivé, la Cour de cassation de Liége a consacré cette même doctrine.

« Attendu, porte cet arrêt rapporté dans l'ouvrage déjà cité, pages 314 et 315, » qu'il résulte de la combinaison des articles 165 et 193 du code civil que, dans toutes » les demandes en nullité de mariage pour cause d'incompétence de l'officier de l'État » civil, de défaut de publicité ou d'inobservation des formalités prescrites, *le législateur a* » *donné aux juges la faculté d'apprécier les circonstances de fait et de se déterminer d'après* » *leur gravité.* »

» Attendu que le législateur a voulu écarter de la société le danger d'encourager » les atteintes que le caprice ou la cupidité essaient si souvent de porter au lien sacré » du mariage, etc... »

Un arrêt de la Cour de Cassation de France (*loco citato*), a encore mieux précisé cette distinction fondamentale entre les nullités absolues et celles qui ne sont que relatives dans les mariages.

« Attendu, dit cet arrêt, que si l'article 191 autorise les époux eux-mêmes à » demander la nullité du mariage, en cas de contravention à l'article 165, dans les » mêmes termes qu'ils ont été autorisés par l'art. 184 à demander la nullité de leur » mariage, contracté en contravention aux dispositions des articles 144, 147, 161, 162 » et 163, il y a cependant cette différence entre ces dernières contraventions, qui » résultent d'une désobéissance formelle aux prohibitions expresses de la loi, et celles » qui résultent de l'infraction aux prescriptions de l'article 165, que quand les pre- » mières sont constatées ; *il ne reste plus aux juges qu'à prononcer l'annulation d'une union* » *contractée au mépris des défenses les plus absolues de la loi ;* tandis que, lors même que les » autres sont prouvées, d'après les dispositions de l'article 193, *les tribunaux ont encore à* » *examiner, dans l'intérêt de la morale publique et de la paix des familles, si ces contraventions* » *ont été de nature à priver absolument* la célébration du mariage de cette publicité, de cette » authenticité qui en sont les conditions nécessaires, et sont, dès lors, suffisantes pour » pour faire prononcer l'annulation du mariage, ainsi clandestinement ou incompétem- » ment rédigé, etc... »

Ces arrêts reproduisent jusqu'au langage de d'Aguesseau qui semble les avoir dictés.

L'application de cette doctrine si bien établie se fait d'elle-même à l'espèce. Toutes les circonstances de nature à faire repousser une demande en nullité de mariage s'y rencontrent non pas isolément, mais réunies.

Les causes du mariage, le caractère de ceux qui y ont concouru, les circonstances

Digitized by Google

qui l'ont accompagné et suivi, tout, jusqu'aux contradictions des héritiers et au mobile qui les fait agir, se réunit pour faire repousser leur demande.

Les causes du mariage, les héritiers eux-mêmes l'ont proclamé, elles sont respectables et en quelque sorte, saintes ; l'union contractée était plus qu'honnête, elle était l'accomplissement d'un devoir, une réparation nécessaire; si elle a été accomplie à l'étranger, sans éclat, c'est par un sentiment de pudeur bien ou mal entendu, mais réel, et sans aucune intention de faire fraude à la loi. Sentiment, qu'une des nièces de M. Pescatore, dans une lettre visée en tête de cette consultation, semblait comprendre, lorsqu'elle disait pour s'excuser de n'avoir pas plutôt conseillé à son oncle de se marier, qu'elle *craignait de paraître blâmer le passé.* Peut-on s'étonner que M. Pescatore ait ressenti cette même crainte ? Vivant, depuis 14 ans avec les apparences et sur la croyance générale d'un mariage supposé, M. et madame Pescatore ont éprouvé quelque répugnance à condamner avec éclat tout ce passé.

Les docteurs canonistes qui, parfois, montrent une connaissance si vraie du cœur humain, le père Sanchez, entre autres, dans le passage déjà cité : *Concubinarii, diù, conjugati, existimati*, n'ont-ils pas déféré à cette faiblesse de notre humanité, lorsqu'ils en ont fait un cas de dispense des bans ?

Du reste, si les parties ont fui l'éclat et la malignité, elles nont pas recherché le mystère, puisqu'elles ont associé à leur mariage tant d'éminents prélats, et que M. Pescatore avait annoncé d'avance sa résolution à plusieurs de ses parents qui l'encourageaient à la réaliser. Que de plus, le mariage a été aussitôt publié, notifié en France, en Belgique et suivi d'une possession d'Etat non contestée.

Les deux conditions dont parle Merlin, *honnêteté de l'union et possession d'Etat publique*, conditions dont la réunion suffisait, dans la jurisprudence des parlements, pour faire repousser les collatéraux, existent donc dans l'espèce au plus haut degré.

Lorsque la justice, suivant le conseil de d'Aguesseau, se demandera de quel côté est la morale publique, la paix des familles, l'ordre public, alors elle n'hésitera pas entre une femme qui, en défendant son droit d'épouselégitime, défend l'acte de conscience et de réparation par lequel son époux a voulu honorer, sanctifier, les dernières années de sa vie ; et des héritiers collatéraux qui veulent, au contraire, replacer la vie et la mémoire de leur auteur, sous les flétrissures d'un désordre et de torts qu'il a voulu réparer, et cela pour un intérêt d'argent.

Encore cet intérêt n'existe même pas : les héritiers ont naïvement convenu lors de l'inventaire, qu'ils n'attaquaient le mariage que pour échapper aux effets de la communauté. Hé bien ! ce calcul même est faux, car le mariage serait annulé, que ses effets civils, et par conséquent la communauté, seraient maintenus.

Il est peu probable que les parents de M. Pescatore aillent jusqu'à constester la bonne foi et la loyauté de leur auteur, lors de la célébration de son mariage, et jusqu'à nier la ferme croyance dans laquelle il était, qu'il faisait une chose régulière et valable, lorsqu'il s'unissait à celle dont il voulait reconnaître le long dévouement, dont l'affection avait tant contribué à son bonheur, et dont les bons conseils et la bonne administration n'avait pas, ainsi qu'il aimait à le reconnaître, été étrangers à sa fortune. Non, les héritiers reculeront, sans doute, devant la nécessité de soutenir que M. Pescatore aurait joué

Digitized by Google

une indigne comédie, dans laquelle il aurait abusé de tout, de la religion, des sacrements, de sa femme, de sa famille, des quatre prélats dont il avait recherché le concours. Que si, cependant, le sentiment d'une telle indignité pour la mémoire de leur auteur ne pouvait l'emporter sur l'intérêt, ce serait encore vainement qu'ils auraient jeté sur cette mémoire la plus grande souillure qu'elle pût recevoir, car ils ne soutiendront pas que la Consultante se serait rendue complice d'un jeu dont elle aurait été la première victime. La réponse de la femme abusée serait bien simple ; j'ai été de bonne foi, dirait-elle, parce qu'il ne m'est pas venu un seul instant à la pensée que celui qui m'a engagé sa foi sous la sanction de la religion ait voulu me tromper. Je place mes droits sous la garantie de son honneur, et je suis heureuse d'avoir à les défendre concurremment. Nous ne croyons pas qu'il y eût un tribunal qui, alors même qu'il se croirait obligé, en droit rigoureux, d'annuler son mariage, pût lui refuser au moins le bénéfice de sa bonne foi.

Mais c'est là une hypothèse gratuite. Le mariage est valable par toutes les raisons que les soussignés en ont données, et l'acte de réparation solemnelle voulu par M. Pescatore et consommé par lui en présence de Dieu, sera maintenu par la justice humaine.

Délibéré par nous, soussignés, à Paris le vingt-deux juin 1856.

ODILON BARROT, ANCIEN AVOCAT.

BETHMONT, BATONNIER.

MARIE, ANCIEN BATONNIER.

CHAIX D'EST-ANGE, ANCIEN BATONNIER, AVOCAT PLAIDANT.

L'ANCIEN AVOCAT à la Cour impériale de Caen, soussigné, adhère de tous points, à la consultation qui précède.

A Caen, le vingt-neuf juin 1856.

C. DEMOLOMBE.

Digitized by Google

TRADUCTION DE L'ESPAGNOL.

AVIS.

Ayant examiné lentement les documents qui nous ont été remis de la part de Madame Anne-Catherine Weber, de Paris, et qui sont relatifs à son mariage avec M. Jean-Pierre Pescatore, notre avis du quatre janvier de la présente année, sur la validité de cet acte, les allégations présentées au Tribunal civil de la Seine, de la part de M. Guillaume-Bonaventure Pescatore, et les autres héritiers et légataires universels de M. Jean-Pierre Pescatore, en réponse à la demande de madame Weber, sur son droit aux biens acquis durant la Société légale, constituée par son mariage, et le lumineux rapport contenu en une lettre de l'avocat, M. Chaix-d'Estange, à l'éminentissime seigneur cardinal, archevêque de Reims, afin de donner la consultation que l'on nous demande de nouveau sur la validité dudit mariage, contracté et célébré en la ville de Renteria, conformément aux lois d'Espagne, seul point soumis à notre examen.

Nous sommes d'avis :

Que le mariage contracté par M. Jean-Pierre Pescatore et madame Weber, et consacré par le curé de Renteria, a été célébré avec entière sujétion aux lois espagnoles, et que sa validité ne peut être mise en doute dans ce pays-ci. Cela même est consigné dans l'avis du quatre janvier, dont nous croyons devoir rappeler les bases, avant de nous occuper des objections que présentent contre cette doctrine les héritiers de M. Pescatore.

Quelle est en Espagne la législation qui régit la matière ?

Le Concile de Trente et le décret des Cortès du vingt-trois février mil huit cent

Digitized by Google

vingt-trois, rétabli par la loi du sept janvier mil huit cent trente-sept, et il est entendu que toutes nos lois civiles, y compris celle précitée, qui concernent le mariage, ne font autre chose que copier les dispositions de la séance 24, *de reformatione matrimonii* dudit Concile, ou en ordonner l'étroite et rigoureuse observation.

Or, ayant examiné le mariage de M. Pescatore avec madame Weber par rapport auxdites lois, nous n'hésitons pas à assurer que cet acte a réuni toutes les choses requises et indispensables pour valider sa célébration, et ce qui plus est, ce mariage a en sa faveur, s'il nous est permis de parler ainsi, un luxe de légalité, un excès et surabondance de validité; car on y a aggloméré des formalités et des documents absolument innécessaires.

En effet, pour consacrer l'union de M. Pescatore et madame Weber, étrangers dans notre pays, et dont la résidence y est inconnue, les lois espagnoles exigent : « *Parochis autem præcipit ne illorum (Multi qui vagantur et incertas habent sedes) matrimoniis intersint nisi prius diligentem inquisitionem fecerint, et re ad ordinarium delata, ab eo licentiam id faciende obtinuerint,* » (*chapitre 7° Dec. de ref. Mat. ses 24 con Trid.*) Mais ils (les Curés) exigeront précisément ladite permission (celle de l'ordinaire) lorsque les contractants sont étrangers, errants, d'un autre diocèse, etc. Décret des Cortès du vingt-trois février mil huit cent vingt-trois, et loi du sept janvier mil huit cent trente-sept.

Telles sont les règles qui, en Espagne, régissent les noces entre étrangers ou inconnus sans domicile certain.

Avec sujétion auxdites lois, les contractants, dont il s'agit, purent se présenter au curé de Renteria, et après avoir obtenu la permission de l'évêque de Pampelune, son ordinaire, faire célébrer validement et légitimement leur mariage, par lequel acte ils acquerraient tous les droits, tous les effets civils inhérents à icelui en Espagne, et ce, sans autre formalité, ni diligence d'aucune sorte.

Donc, si, en outre, ils ont obtenu et présenté les dispenses de publications des archevêques de Paris et de Bordeaux, et des évêques de Versailles et de Pampelune, accompagnées des permissions de bénir leur mariage, et accordées à tout prêtre du propre diocèse ou d'un diocèse étranger, et une autre permission spéciale pour le curé de Renteria, nous disons, avec raison, qu'il y a dans leur mariage, luxe de légalité et surabondance de validité.

Ici, nous le croyons opportun de faire remarquer le caractère des autorisations ou permissions du très révérend archevêque de Bordeaux et du révérend évêque de Pampelune adressées au curé de Renteria; bien que, comme nous l'avons dit, la permission de ce dernier prélat eût suffi pour la validité de l'acte, nous nous plaisons à faire observer que, d'abondant, le prélat de Bordeaux, après avoir donné la permission de marier M. Jean-Pierre Pescatore et madame Weber, déclare que ceux-ci sont ses diocésains, qu'ils ne sont liés par aucun empêchement canonique et qu'il prend sur lui toute la responsabilité de l'acte envers Dieu.

Si à cela on ajoute la lettre du révérend évêque de Pampelune, on comprendra

Digitized by Google

parfaitement que le curé de Renteria, avant de bénir le mariage, a accompli la prescription du concile : *nisi prius diligentem inquisitionem fecerint*, et que, par conséquent, dans le cas soumis à notre avis, on a fait toutes les choses requises et ordonnées par notre législation, de sorte que, conformément à celle-ci, la validité dudit mariage est hors de tout doute, hors de toute controverse.

Faisons abstraction absolue des publications, — dont les dispenses multipliées, d'ailleurs, sont légitimes en Espagne, et même sans compter celles du prélat de Pampelune, — pour répéter que les époux étant étrangers, ils ont, en contractant, satisfait à la législation espagnole, et que, par conséquent, le mariage est valide dans ce pays-ci. Nous, référant toujours à l'avis du quatre janvier, quant à ce qui y est dit, est déjà temps d'examiner les objections que font les héritiers de M. Pescatore, relativement à cette question.

Qu'avant tout, il nous soit permis de déplorer que, dans l'ignorance absolue où ils sont de notre législation matrimoniale, ils aient osé supposer dans celle-ci des dispositions qu'elle ne contient pas, ce qui donne lieu à ce que, étant démentis officiellement et solennellement, leur défense bien ordonnée perdra une grande partie de son mérite, et, ce qui est pis, de sa force aux yeux du tribunal qui va décider cette grande question.

Laissant à des personnes plus compétentes la réfutation des arguments qui s'appuient sur la législation française ou s'y rapportent, et nous bornant à ceux qui concernent le droit et la législation d'Espagne, nous trouvons en premier lieu l'argument conçu en ces termes : « Considérant que le mariage n'a même pas été célébré conformément aux lois espagnoles ; qu'en effet, il ne serait pas valide, selon ces lois, conformes, sur ce point, au concile de Trente qui a prescrit :

Premièrement, que le mariage serait précédé des publications religieuses ;

Deuxièmement, qu'il serait célébré par le curé de l'un des époux.

Pauvre et inefficace est cet argument, car outre l'inexactitude des termes, il s'y trouve, soit par l'effet de la traduction, ou, ce qui est plus certain, par le défaut d'un fondement solide pour les appuyer, deux fausses propositions, savoir :

Premièrement, que le mariage n'a pas été célébré en conformité des lois d'Espagne ;

Deuxièmement, que pour la validité de la célébration entre étrangers sont nécessaires les bans religieux et le concours du curé de l'un des deux époux, ces deux propositions se trouvent implicitement détruites par ce qui est exposé dans le commencement, et surtout par les citations textuelles des lois espagnoles relatives au cas. Cependant, nous n'omettrons pas pour cela de nous occuper des deux propositions.

Quant à la première, la surabondance des formalités (*requisitos*) accumulées par M. Pescatore est telle, qu'elle nous permet de traiter cette proposition sous ces deux phases différentes.

Digitized by Google

Premièrement, en supposant que M. Pescatore et madame Weber ne fussent pas dans la catégorie des étrangers, ou des personnes à domicile inconnu, leur mariage célébré à Renteria est valide suivant les lois espagnoles. Celles-ci prescrivent la publication préalable des bans ou la dispense de cette mesure; le concours du propre curé, ou d'un autre prêtre muni de la permission de ce curé ou de celle de l'ordinaire, et deux témoins.

A-t-on rempli ces formalités? — Indubitablement, comme nous allons le voir. Le Concile de Trente, dans le chapitre premier du décret *de reformatione matrimonii*, reproduisant le précepte du quatrième Concile de Latran (*lateranense*) a ordonné : *Antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parocho tribus continuis diebut festivis in ecclesia inter missarum solemnia publice denuncietur inter quos matrimonium sis contrahendum.* — Dans ces propres paroles du Concile, on trouve, outre la prescription des bans, l'indication du curé et le lieu où les bans doivent être faits, et ensuite il s'occupe de quelques cas où l'on peut et doit en dispenser, puis, d'après tout cela, il pose la règle que la publication ou la dispense de cette mesure doivent être faites précisément par le propre curé ou son ordinaire.

Appliquant ce principe au cas présent, si les publications du mariage de M. et madame Pescatore se trouvent dans leurs délais, il est clair qu'ils auront rempli cette première formalité. Il est certain que ces publications n'ont pas été faites; mais il n'en est pas moins certain qu'il en a été accordé dispense; par conséquent, la question est de savoir si cette dispense a été donnée par un prélat compétent ou non. Nous croyons que, dans aucun pays, l'on ne contesterait aux évêques la faculté de dispenser des bans, mais, dans le nôtre au moins, c'est un principe reconnu et qui ne pourrait pas être mis en question. *Recti que possunt episcopi eorum* (*editorum matrimonii*) *vel in totum, vel giro parte veniam facere.*

Abordons la question de la compétence du prélat qui dispense, car en Espagne personne n'est autorisé à rechercher si les futurs époux sont ou non dans le cas de dispense légitime, toutes les fois que ce point est purement et exclusivement du for intérieur des pétitionnaires et du prélat, auquel ils s'adressent, et jamais, dans aucun cas, il ne dépend de la loi civile ni des tribunaux ordinaires.

Pour ceux-ci, il ne se présente, dans cette matière, d'autre question que celle-ci: le prélat, qui dispense des bans, est-il compétent? Le Concile indique le prélat du diocèse des contractants, et sans toucher, pour le moment, à la question du domicile, que nous traiterons plus bas, nous voyons que, dans la dispense du très révérend archevêque de Bordeaux, en sa lettre au curé de Renteria, il appelle M. Pescatore son diocésain, et ensuite (qu'il appelle ainsi) M. Pescatore et madame Weber Comme en même temps il prend sur lui la responsabilité de l'acte, et qu'il entend en pénitence les époux; de quoi il leur délivre un certificat, on tient, d'après notre droit, sa compétence suffisante pour accorder dispense de bans, d'autant plus que l'ordinaire de Pampelune corrobore cette compétence, et, en cas de besoin, y suppléerait.

Digitized by Google

Il y a plus : l'un des fiancés, ou tous les deux avaient résidé à Paris et à Versailles, ou avaient leur résidence habituelle en l'une de ces villes, ou en toutes deux, et comme si l'intervention de l'archevêque de Bordeaux n'était pas suffisante, les prélats de l'une et l'autre desdites villes dispensent pareillement. Quant à la législation civile d'Espagne, quant au droit canonique, la dispense de bans présentée au curé de Renteria est légitime et complétement légale.

Passons à la seconde formalité requise :

Concours du propre curé, des contractants ou d'un autre prêtre dûment autorisé, qui était le propre curé de M. Pescatore et de madame Weber, ou pour dire mieux et simplifier la question, qui était leur ordinaire?

Le très révérend archevêque de Bordeaux, qui, pour éviter toute discussion, se fit autoriser en outre par celui de Paris, de sorte que, soit par son propre droit, soit par la délégation de son collègue de Paris, il se trouvait dans la classe de propre prélat des deux contractants, et, dans cette qualité, il autorisa le curé de Renteria à bénir l'union.

Mais on remarquera que, quoique, aux fins de la loi, l'autorisation générale qu'il concéda à tout prêtre à qui elle serait présentée fût suffisante, il la donna très spécialement et directement au vicaire de Renteria en ces mots textuels : — « Je vous donne délégation pour agir comme propre prêtre à l'égard de M. J.-P. Pescatore et de Anne-Catherine Weber, mes diocésains. »

Il n'y a pas de doute ; nous répétons qu'il y a dans cette affaire un luxe de légalité qu'on ne trouve pas toujours dans les actes humains. Par là, il est démontré que si le curé de Renteria n'était pas le propre curé des contractants, il était, d'après le Concile, autorisé par l'ordinaire de ceux-ci ; d'un autre côté, il conste que deux témoins ont concouru à l'acte. Ainsi, le mariage a été célébré avec toutes les formalités requises et prescrites par le droit civil, qui, en Espagne, est à son tour le droit canonique ; donc, le mariage est essentiellement et complétement valide, quand même on ferait abstraction de la qualité d'étrangers sans domicile connu dans le pays où se trouvent les époux.

C'est maintenant le tour de la seconde phase sous laquelle peut être envisagée la première proposition que nous combattons et que nous formulons ainsi :

Est-il valide le mariage célébré à Renteria entre M. Pescatore et madame Weber, étrangers sans domicile en ce lieu ni dans aucun autre d'Espagne? Si ce mariage a été célébré après la plus minutieuse information sur les personnes et avec la permission de l'évêque de Pampelune, ordinaire de Renteria, et par-devant deux témoins, il est clair que l'on ne saurait en attaquer la validité. Nous l'avons déjà dit, le décret du vingt-trois février mil huit cent vingt-trois, et la loi qui l'a rétabli en date du sept janvier mil huit cent trente-sept, lesquels ne font autre chose que de prescrire l'observation des chapitres conciliaires premier et septième du décret *de reformatione matrimonii*, et le chapitre septième précité de ce décret ordonnent cela expressément

Digitized by Google

et l'autorisent dans les termes les plus explicites. Ils ont été cités, et leur texte a été reproduit, de sorte qu'il est inutile de les répéter ici. Ainsi, le mariage en question a été rigoureusement réglé d'après la législation espagnole, ainsi il est valide. Donc, elle est fausse et très fausse la première proposition que nous discutons.

La seconde proposition ne l'est pas moins, savoir :

Pour la validité d'un mariage entre étrangers ou entre personnes dont le domicile est inconnu, sont nécessaires les publications et le concours du propre curé de l'une des parties.

En disant que ni le Concile ni le décret du vingt-trois février mil huit cent vingt-trois n'exigent de telles formalités; la fausseté de cette proposition se trouve suffisamment démontrée.

Mais, outre cela, comment pourrait-on remplir ces formalités supposées, lorsqu'il s'agit de personnes inconnues ?

Le but des publications n'est pas celui d'éviter la clandestinité, car depuis le concile, celle-ci n'existe pas, et elle ne peut pas exister en droit espagnol, mais le but des publications est de faire connaître les circonstances des contractants, leur aptitude, leur liberté de tout empêchement, comme l'indiquent ces paroles même du Concile.

Quibus donuntiationibus factis, si nullum legitimum apponatur impedimentum. Et Caballario dit : Que l'on fait les publications *ut impedimentum si quod fortasse subsit detegatur.* Comment atteindrait-on ce but avec la publication de noms absolument inconnus.

D'un autre côté, comment saurait-on qui est le propre curé de l'un ou de l'autre des futurs époux, s'ils sont entièrement étrangers à la connaissance du lieu où ils veulent se marier ? — Doit-on leur refuser le sacrement du mariage à cause de ces circonstances ?

Non, le Concile y a fourni un remède opportun en ordonnant : *Ne illorum matrimoniis intersint nisi prius diligentem inquisitionem fecerint et re ad ordinarium delata, ab eo licentiam id faciendi obtinuerint.* Voilà les seules formalités que la loi espagnole exige pour la validité du mariage entre étrangers errants ou gens sans domicile connu. Donc la seconde proposition que nous avons examinée, est fausse, la première l'est également. Ainsi, l'argument dans lequel les deux propositions sont contenues est, lui aussi, faux, inefficace et de tout point dépourvu de raison.

Ensuite, on lit un autre argument, à la fin duquel il est dit : « qu'en conséquence, la dispense qui leur a été accordée par l'archevêque de Paris, n'a aucun effet, et que par ce premier motif, le mariage, même d'après la loi d'Espagne, est radicalement nul. » Abstenons-nous d'émettre notre opinion sur la validité ou l'inefficacité de la dispense accordée par le très révérend archevêque de Paris, attendu que nous ne sommes pas appelés à l'examiner; mais en supposant qu'elle soit nulle, nous dirons qu'il est faux et absurde de supposer que le défaut de bans soit cause de nullité

Digitized by Google

du mariage dans notre législation. Une telle nullité n'est ni établie par le concile, ni rec onnue par la loi civile, et les auteurs ne l'admettent pas : *Sed edicta ista*, dit l'un des auteurs les plus accrédités, *ad matrimonii vim non pertinent*. Nous pourrions encore en citer d'autres, ainsi qu'une multitude de cas pratiques, mais nous nous contenterons de nous référer au concile même dans les lieux cités. Dans ceux-ci, on peut voir que quoique le concile prescrive les publications ou leur dispense, il ne décide pas que leur défaut constituerait la nullité du lien, comme il le fait pour le cas où n'interviendraient pas le propre curé ou un autre compétemment autorisé, et deux témoins au moins.

La proposition d'après laquelle, en Espagne, la loi, d'accord avec le concile, exigerait que pour acquérir le domicile conjugal, on doit avoir une résidence de six mois accompagnée de certaines conditions, n'est pas moins fausse et controuvée. — Où est cette loi et cette prescription du concile d'accord avec la loi? où sont ces autres conditions? Nous déclarons qu'en Espagne, il n'y a aucune loi, ni dans le concile de Trente aucune disposition qui indiquent de telles choses, et que, tout au contraire, on n'a besoin d'aucune résidence, ni même de deux heures pour que le mariage puisse être validement célébré entre personnes absolument inconnues, par tout prêtre muni d'une permission de l'ordinaire du lieu où les contractants voudraient se marier.

M. Pescatore et madame Weber se trouvent-ils dans ce cas? — Indubitablement, donc leur mariage est complétement valide, de même qu'en Espagne sera toujours valide tout mariage qui serait contracté sous les mêmes conditions, à moins qu'il ne fût annulé par un des empêchements canoniques établis par le concile et qui sont de la classe des dirimants.

Voilà les arguments contenus dans les allégations de M. Guillaume-Bonaventure Pescatore et consorts contre la validité du mariage de son oncle avec la dame Weber. — Y ayant répondu victorieusement quant à ce qui concerne la législation espagnole, sous l'influence et l'empire de laquelle ce mariage a été célébré, nous terminerions cet avis si nous ne sentions que c'est notre devoir de répondre à un autre argument qui se trouve consigné dans la lettre à l'Éminentissime cardinal archevêque de Reims; c'est l'argument suivant : Supposé que le curé de Renteria ait agi par délégation du très révérend archevêque de Bordeaux, il est clair qu'il n'a pas agi par lui-même, mais en représentation de Monseigneur et, par conséquent, il n'a été célébré en réalité qu'un mariage français, entre Français, et par un ministre français.

Le point où va aboutir cet étrange raisonnement, les conséquences que l'on veut en tirer ne sont pas de notre ressort; ce qui l'est seulement, c'est la prétention extraordinaire que le curé de Renteria, en conférant le sacrement du mariage, aurait agi en représentation de Monseigneur l'archevêque de Bordeaux, jusqu'au point de ne pas agir par lui-même. Déjà, dans la lettre à son Éminence l'archevêque de Reims, on répond victorieusement à ce sophisme insoutenable, ce qui ne nous empêchera pas de nous occuper brièvement de cette interprétation.

Digitized by Google

La nature et l'urgence de ce travail ne nous permettent pas de nous y arrêter aussi longtemps que nous le voudrions, car peut-être conviendrait-il d'examiner la nature du sacrement matrimonial, sa matière, a forme, son ministre. Pour cette raison, nous nous contenterons de fixer les principes les plus reconnus et incontestables du droit canonique en matière de sacrements et spécialement en matière de mariage. Pour l'administration des sacrements, aucune délégation ne peut être donnée, de manière que le ministre qui, par son caractère, ne serait pas apte à concourir à la célébration des sacrements avec sa propre volonté, ne peut les administrer en représentation d'une autre personne ; c'est-à-dire que le ministère sacramentel est on ne peut plus personnel et ne peut se déléguer ni s'acquérir par délégation.—Autre principe : Le ministre du mariage est le curé ou prêtre qui le bénit. — Saint Ambroise, saint Jean Chrysostôme et tous les saints pères et les plus célèbres théologiens, comme Melchor, Cano, Natal, Alejandro, et beaucoup d'autres, que cite Dominique Cabalsario, soutiennent victorieusement ce principe qui, en Espagne, a été accepté par toutes les écoles, par tous les tribunaux ecclésiastiques, et consacré par quelques-uns de nos Conciles qui se sont occupés de la matière.

Or, comment peut-on rendre compatible avec ces deux principes, l'étrange idée de ladite délégation ?

Peut-on donner pouvoir ou délégation à l'effet d'administrer les sacrements?

Non.—Si l'archevêque de Bordeaux a donné permission au curé de Renteria, ce ne fut pas afin que celui-ci le représentât comme ministre du mariage entre les époux Pescatore; non, cela aurait été une erreur hérétique et grossière, inconcevable dans un prélat aussi éminent que l'est celui de Bordeaux. Il lui a donné permission, afin que, usant de son caractère sacerdotal, il administrât par lui-même et devant lui-même le sacrement à deux de ses diocésains. Ainsi, le curé de Renteria fut par lui-même ministre et s'il représentait quelqu'un, comme le font tous les prêtres en conférant quel que ce soit des sacrements, ce n'est pas une personne humaine qu'il représentait; mais Jésus-Christ, qui a institué les prêtres et leur a conféré le pouvoir suffisant pour administrer les sacrements.

Donc, le mariage célébré à Renteria, le huit novembre mil huit cent cinquante-un, est un mariage valide, légitime et subsistant devant Dieu, devant l'église catholique et devant la loi civile d'Espagne, comme contracté du libre consentement des parties que ne liait aucun empêchement, et par les formalités requises et prescrites par le concile de Trente et la consécration ou hiérologie chrétienne, ou, ce qui est la même chose, avec entière sujétion, et conformément à la législation d'Espagne.

Nous terminerons en disant que devant nos tribunaux, serait très significative la reconnaissance de ce mariage faite par les parents de M. Pescatore avant et après sa mort, et qui se trouve consignée dans les lettres que nous avons vues de quelques-uns d'entre eux, et dans les démonstrations de tendresse, de respect et de déférence

Digitized by Google

de tous envers la veuve, à laquelle, à propos de l'ingratitude de ses soi-disant neveux, nous dirons avec le célèbre poète latin :

Donèc eris felix, multos numerabis amicos,
Tempora si fuerint nubila solus eris.

Madrid, le six juillet mil huit cent cinquante-six.

Signé : Licencié José MORPHY.
Licencié Ramon CROOKE.
Licencié José-Gonzalez SERRANO.

Je soussigné, secrétaire interprète de la Cour de cassation, interprète traducteur assermenté près la Cour impériale de Paris et près le Tribunal de commerce du département de la Seine pour les langues étrangères,

Certifie la présente traduction sincère et conforme à la pièce originale en langue espagnole, qui est en huit feuillets et sur quinze pages; lesquels huit feuillets ont été, par moi, cotés comme la présente : A. 12/7 1856, numérotés d'un à huit et paraphés, et, en outre, j'ai apposé au recto du huitième et dernier desdits feuillets de ladite pièce originale mon visa *ne varietur* en date de cejourd'hui.

Fait à Paris, le douze juillet mil huit cent cinquante-six.

D. MELDOLA,
36, rue Neuve-des-Petits-Champs.

Lithographie Delarue, rue Notre-Dame-des Victoires, 16. — Imprimerie Félix Malteste et Comp., rue des Deux-Portes-Saint-Sauveur, 22.

Digitized by Google

Digitized by Google

AFFAIRE PESCATORE.

AVIS

DE

MM. ODILON BARROT, ANCIEN AVOCAT.

BETHMONT, BATONNIER.

MARIE, ANCIEN BATONNIER.

BUGNET, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

C. DEMOLOMBE, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

CHAIX D'EST-ANGE, ANCIEN BATONNIER, AVOCAT PLAIDANT.

Digitized by Google

Digitized by Google

AVIS.

Lorsque les soussignés ont donné leur premier avis, ils ne pouvaient ni ne devaient prévoir que sur un procès en validité de mariage, soulevé entre la veuve de M. Pescatore et les légataires universels de ce dernier, on construirait avec plus d'habileté que de vérité, un procès en tendance d'invasion du clergé français sur les attributions du pouvoir civil.

Rien dans la cause ne pouvait le faire pressentir. Nous n'avions aperçu, ni dans M. Pescatore, ni dans celle qu'il voulait épouser aucune trace de ce fanatisme religieux qui aurait pu les pousser à se faire un cas de conscience de se soumettre dans leur mariage à l'intervention de l'autorité civile. — Des motifs très terrestres et une faiblesse rien moins que religieuse, nous paraissaient seuls avoir déterminé M. Pescatore à se marier en Espagne et dans les formes usitées dans ce pays.

La simplicité de ces formes, l'éloignement du lieu, convenait mieux que la mairie du deuxième arrondissement aux susceptiblités de son amour-propre et à sa fausse honte. — Il le dit lui-même, et dans sa correspondance et dans son premier testament, où il déclare qu'il a épousé madame Weber, en Espagne, *selon les lois du pays.*

Et cela seul est vrai.

D'un autre côté, nous n'avions pas aperçu, soit dans l'archevêque de Paris, soit dans l'évêque de Versailles, soit dans l'archevêque de Bordeaux le moindre indice d'un complot religieux pour éluder le concordat et ressaisir par voie indirecte l'ancien droit du clergé sur les mariages. — Nous n'avions vu, dans leur concours, très ouvertement donné, que le désir très naturel et très légitime de faire cesser un désordre social et religieux, et de conquérir à la morale et à la foi en même temps, deux personnes assez en vue pour que leur exemple pût avoir quelque influence sur un nombreux public.

Digitized by Google

Telle est la vérité des choses, et nous la maintenons malgré le grand bruit qui s'est fait autour de ce procès.

Assurément notre pays montre une juste et légitime susceptibilité pour tout ce qui touche au grand principe de la séparation des deux pouvoirs spirituel et temporel. Le moindre soupçon d'une atteinte à ce principe a le privilége de l'émouvoir, et nous aurions personnellement mérité les reproches que l'éloquent et habile avocat des légataires nous adressait dans sa réplique de vendredi dernier, si nous avions pu déserter la défense de ce principe, nous nous serions du moins montrés étrangement inconséquents avec tout notre passé. Mais en vérité, tout disposés que nous soyons à faire réparation éclatante à la liberté civile si elle est le moins du monde menacée dans ce procès, il nous est impossible de voir dans ce soulèvement gallican, favorisé par une certaine disposition d'esprit qu'expliquent des circonstances étrangères à notre cause, autre chose qu'un vain fantôme, lequel s'évanouit au moindre examen sérieux et réfléchi.

Où serait donc le danger que courraient nos libertés civiles si le mariage de madame Pescatore n'était pas annulé?

On franchira, dit-on, la frontière pour échapper à l'obligation que le concordat et le code civil imposent à tout Français de se marier à la mairie avant de se présenter à l'église, et le prêtre, gêné en France par des peines assez sévères, ne manquera pas de favoriser et de provoquer cette manœuvre. C'en est fait, s'écrie-t-on, du concordat et de l'ordre civil établi en France pour les mariages, si la justice n'intervient, et, par un exemple éclatant, ne prévient une telle fraude à la plus importante de nos lois.

Tel est le cri d'alarme, nous ne l'avons pas affaibli.

Voyons si ce danger est réel.

D'abord si le danger était réel, comment se ferait-il qu'il ne se fût pas encore révélé, et comment, sous la première Restauration, lorsque la réaction religieuse contre le principe de sécularisation du mariage était si violente, il ne s'est pas produit un seul exemple de ces mariages faits à l'étranger pour échapper à la nécessité de se marier préalablement devant l'officier de l'état civil.

Il est bien vrai qu'aux premiers jours de la promulgation du Code civil, un certain nombre de jeunes gens de l'Alsace et autres pays frontières, passèrent le Rhin pour aller se marier à l'étranger. Il est douteux qu'ils y fussent déterminés par un scrupule religieux, car il est dit dans la lettre écrite par le Ministre à cette occasion que c'est sur les refus des officiers de l'état civil de leur pays que ces jeunes gens avaient été se marier à l'étranger; il s'agissait donc de quelque empêchement civil auquel ils voulaient échapper ; il est probable que la conscription n'était pas étrangère à leur détermination.

M. Portalis, alors Ministre, s'en alarma ; il écrivit cette circulaire que les conseils et avocats des héritiers n'ont pas manqué d'invoquer. Dans cette lettre, le Ministre donne l'ordre aux procureurs généraux de dénoncer les mariages ainsi faits et d'intimer aux époux d'avoir à se séparer.

Quoi qu'il en soit, il ne paraît pas que cette circulaire ait été exécutée. On ne

Digitized by Google

cite pas un seul exemple d'un de ces mariages qui ait été annulé et d'un seul ordre donné aux époux ainsi mariés à l'étranger d'avoir à se séparer ; elle est restée à l'état de simple mesure comminatoire.

Le premier mouvement du Ministre fut suivi de plus de réflexion et de prudence; il vit, sans doute, que la mesure qu'il prescrivait aggraverait plutôt qu'elle ne ferait disparaître les dangers dont il s'alarmait ; il revint à l'esprit de liberté et de tolérance qui est celui de notre loi civile, et le gouvernement s'en trouva bien ; car il ne paraît pas que ce premier mouvement d'émigration à l'étranger pour s'y marier, qui s'était d'abord manifesté, ait eu aucune suite.

Il y a bien plus de raison encore aujourd'hui de ne pas se départir de cette prudente tolérance qui, après tout, est celle de la loi.

En effet, en quoi l'annulation du mariage de madame Pescatore préviendrait-elle les mariages faits en pays étrangers dans les formes purement religieuses usitées dans ces pays. Ce n'est pas parce que ce mariage aurait été fait devant un prêtre étranger, à l'exclusion du maire du 2e arrondissement de Paris, que les tribunaux français annuleraient ce mariage, c'est parce qu'il n'aurait pas été préalablement publié en France.

Eh bien ! croit-on que le fanatisme religieux, excité par des prêtres réfractaires au concordat, s'arrêterait devant l'accomplissement d'une telle formalité? On publierait le mariage en France, et on irait se marier devant le prêtre étranger, voilà tout. Le ministère de l'officier de l'état civil n'en serait pas moins écarté.

Ceci prouve de plus en plus que les publications exigées par l'art. 170 n'ont aucun rapport avec le droit de l'officier de l'état civil ni avec l'ordre introduit dans le mariage par le concordat et par notre loi civile, car, qui oserait alléguer, que sur ces publications, un maire ou même le ministère public aurait le droit de former opposition au mariage fait devant le prêtre étranger ? Ces publications, comme nous l'avons dit et le répétons en toute assurance, n'ont d'autre objet que d'avertir les tiers qui auraient le droit de former opposition au mariage et de ne pas donner à ceux qui vont se marier à l'étranger, le moyen d'échapper ainsi à des oppositions et à des empêchements dirimants qui se seraient produits dans leur pays.

Dès lors comment pourrait-on soutenir sérieusement que des époux font fraude à la loi française par cela seul qu'ils vont se marier à létranger avec le seul motif avoué, qu'ils préfèrent les formes usités dans tel pays, fussent-elles purement religieuses, à celles établies en France ?

Fait-on fraude à une loi quand on use de la permission qu'elle donne? Peut-il y avoir une fraude quelconque dans l'exercice d'un droit?

Ainsi, on a réveillé la vielle querelle entre l'État et l'église, on a agité des passions toujours prêtes à s'émouvoir, on a produit un grand soulèvement d'opinions, espérant que la justice en serait troublée, et le tout pour échapper à un prétendu danger qui est une chimère. — On demande aux tribunaux d'annuler un mariage fait avec bonne foi et suivi d'une possession d'état éclatante, la plus éclatante et la plus incontestée qui se soit jamais produite dans un procès de cette espèce, et cela pour faire un exemple et pour arrêter ces mariages faits à l'étranger devant un prêtre ;

Digitized by Google

et on ne les arrêterait pas si la cause, qui seule, pourrait y pousser existait, savoir : le fanatisme religieux. — On les provoquerait plutôt par tout ce bruit fait sans motif.

Il y a plus, pour combattre un fantôme, on s'expose à un autre danger bien autrement sérieux, celui de fournir des facilités à d'étranges compromis avec la morale.

On demande, en effet, au tribunal de déclarer qu'il y a eu entre M. et Madame Pescatore un mariage *religieux* et non un mariage civil, de consacrer ainsi deux espèces de mariages, l'un purement religieux, l'autre civil, l'un existant pour la conscience et dans le for intérieur, l'autre valable aux yeux de la loi.

Qu'est-ce à dire? A-t-on oublié les salutaires doctrines de tous nos gallicans, dont on a invoqué avec tant d'éclat l'autorité? A-t-on oublié qu'au sein de nos parlements la querelle entre les ultramontains et les gallicans portait précisément sur ce point, à savoir, si dans le mariage, le sacrement peut se séparer du contrat, s'il peut exister des mariages purement religieux. Or, quelle est la doctrine qui a prévalu? C'est celle qu'il n'y a et ne peut y avoir deux sortes de mariages, que le sacrement n'est que la sanction du contrat, que là où le contrat n'existe pas, le sacrement lui-même ne saurait exister; et cela est tout aussi vrai en Espagne qu'en France.

On ne peut donc pas aller se marier *religieusement* en Espagne et ensuite revenir en France et au bout de quelque temps, selon ses caprices ou ses intérêts, renvoyer celle qu'on a épousée et se marier à une autre; c'est cependant là l'hypothèse sur laquelle repose à peu près toute la plaidoirie des légataires de M. Pescatore. Il aurait fait selon eux, un simple mariage de conscience : étrange manière de satisfaire la morale, la religion, la conscience, que de se marier de façon à n'être pas lié, que de proclamer partout et avec éclat, indissoluble le lien par lequel on s'unit à une femme alors que ce lien n'existe réellement pas et peut être rompu au premier caprice!

Singulière manière de s'acquitter envers une personne qu'on dit aimer et estimer, de récompenser les services signalés qu'elle vous a rendus, en vous donnant quatorze années de bonheur et en concourant efficacement à votre fortune, que de se marier avec elle devant le ministre des autels, dans un pays où ce ministre est en même temps l'agent de la loi, de l'investir ensuite avec éclat de tous les honneurs de la femme légitime, pour, à un jour donné, soit de son vivant, par caprice, soit après sa mort, par la main d'héritiers intéressés, la dépouiller de ces honneurs, et la rejeter, chargée de honte, d'humiliation, dans l'état de concubine! — Comment une telle immoralité, une telle cruauté, disons-le, serait-elle possible pour Madame Pescatore et pourrait-elle se reproduire pour d'autres femmes, si ce n'est à l'aide de cette distinction imaginée pour cette cause, entre le mariage complet et le mariage incomplet, entre le mariage de la loi civile et celui de la loi religieuse?

Il est bien plus conforme à nos principes gallicans, à la morale, à la paix des familles, de proclamer bien haut qu'il n'y a pas et qu'il ne peut exister de mariage purement religieux.

Que les héritiers Pescatore critiquent le mariage contracté en Espagne par M. et M^me^ Pescatore, qu'ils le soutiennent radicalement nul, parce qu'il n'aurait pas été célébré devant un prêtre dûment autorisé; qu'ils rejettent l'autorisation donnée après

Digitized by Google

informations par l'ordinaire de ce curé, l'évêque de Pampelune, et celle donnée par les archevêques de Bordeaux, de Versailles et de Paris, qui étaient les ordinaires des parties; qu'ils contestent au prêtre officiant ainsi éclairé sur la condition des parties contractantes et rassuré contre tout empêchement légitime par de telles autorités, le droit de procéder au mariage de M. et Mme Pescatore, c'est-à-dire de faire valablement à leur égard ce qu'il eût été autorisé de faire pour des personnes tout à fait inconnues. Qu'on équivoque et argumente sur le mot *délégation* substitué à celui de *permission* qui est dans le concile et dans les édits; qu'on aille même jusqu'à qualifier de clandestin un mariage fait devant un prêtre et deux témoins, un mariage dont l'acte de célébration est consigné sur un registre de paroisse, c'est-à-dire sur un registre d'état civil qui ne laisse, par conséquent, pas la preuve du mariage à la discrétion des parties, ce qui est le principal caractère et le danger le plus redouté des mariages clandestins; qu'on applique cette qualification qui implique une idée de mystère, à un mariage hautement annoncé à la famille avant sa célébration, notifié à tous et en tous lieux après, reconnu, honoré, en quelque sorte glorifié par ceux-là mêmes qui l'attaquent aujourd'hui; qu'on ait le courage de contester la bonne foi de M. Pescatore au risque d'entacher sa mémoire; qu'on ose même contester celle de Mme Pescatore sur le fondement absurde qu'elle se serait prêtée à un simulacre, à une comédie dont elle devrait être la victime, qu'on lui dénie une croyance partagée par tous, par la famille, une croyance entretenue par ses adversaires eux-mêmes : tout cela est possible, tout cela est dans le domaine de la discussion. Mais quant à l'hypothèse du mariage purement religieux, elle n'est pas discutable, car elle ne peut exister.

On nous a fait aussi un étrange reproche, celui de favoriser les doubles mariages, qui jettent le désordre et le trouble dans les familles. — Ne voit-on pas que ce ne sont pas ceux qui soutiennent que si Madame Pescatore a été mariée religieusement en Espagne, elle l'a été civilement, puisque dans ce pays le contrat est nécessairement et indivisiblement compris dans le sacrement, qui créent ces doubles mariages si dangereux, mais ceux qui veulent faire sanctionner par la justice française cette possibilité de contracter des mariages qui sont selon la religion et la conscience et qui ne sont pas selon la loi.

Voilà ce que nous avons à dire sur cette face nouvelle et imprévue donnée au procès.

Après cela, qu'on agite à l'occasion de la cause cette autre question de la communauté et des intentions de M. Pescatore touchant cette communauté, nous n'avons pas à nous en occuper, car nous n'avions à nous prononcer que sur la validité du mariage en elle-même, — et que ce point seul en définitive est à juger; — que les conséquences du mariage, quant à la communauté, sont réglées par une présomption légale *juris et de jure*, qui a toute sa force, que M. Pescatore l'ait prévue comme le soutient sa femme, ou qu'à l'exemple de beaucoup d'autres il l'ait ignorée; — que dans tous les cas, il n'y aurait entre ses intentions sur la communauté et sa volonté de se lier avec sa femme par un lien sérieux, complet et indissoluble, aucun rapport nécessaire et appréciable par la justice.

Nous irons plus loin, et nous ne craindrons pas de dire que la question de la

Digitized by Google

liquidation de la communauté n'aurait jamais dû être compliquée de la question des droits de madame Pescatore au titre de femme légitime, que, si elle en avait été séparée dès l'origine et eût été plaidée au seul tribunal qui pouvait la résoudre, celui de la générosité et de la libéralité, et, si on veut, de l'équité de Madame Pescatore, ce déplorable procès n'aurait jamais eu lieu. Madame Pescatore, libre alors de n'écouter que son cœur n'eût eu besoin d'aucune intimidation ni même de l'intervention d'aucun de ses conseils pour faire ce que son cœur lui aurait dicté.

ODILON BARROT, ANCIEN AVOCAT.

BETHMONT, BATONNIER.

MARIE, ANCIEN BATONNIER.

BUGNET, PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

C. DEMOLOMBE, DOYEN A LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN.

CHAIX-D'EST-ANGE, ANCIEN BATONNIER, AVOCAT PLAIDANT.

22 juillet 1856.

Lithographie DELARUE, rue Notre-Dame-des-Victoires, 16. — Imprimerie Félix MALTESTE et Cie, rue des Deux-Portes-Saint-Sauveur, 22.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

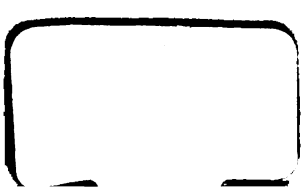
Digitized by Google

20
11
18

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Fr 9076.26.5
Memoire a consulter et consultati
Widener Library
003418865
3 2044 087 947 933

Digitized by Google